



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية

العدد الاول ٢٠٠٢



الناشر

دار الجامعة الجديدة

٢٨ ش سوتير - الأزاريطة

تليفاكس: ٩٩٠ ٤٨٦٨٠

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية الإقتصادية

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق
جامعة الإسكندرية

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور

مجدى محمود شهاب

عميد الكلية

سكرتير التحرير

الأستاذ الدكتور

فتوح الشاذلي

وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

الناشر

دار الجامعة الجديدة

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩

رؤساء التحرير السابقون

١٩٤٥ - ١٩٤٢	أ.د. زكي عبد المتعال - مؤسس المجلة
١٩٤٦ - ١٩٤٥	أ.د. عبد المعطي الخيال
١٩٤٩ - ١٩٤٦	أ.د. السعيد مصطفى السعيد
١٩٥٢ - ١٩٤٩	أ.د. حسن أحمد بغدادي
١٩٥٩ - ١٩٥٢	أ.د. حسين فهمي
١٩٦٤ - ١٩٥٩	أ.د. أنور سلطان
١٩٦٦ - ١٩٦٤	أ.د. علي صادق أبو هيف
١٩٦٨ - ١٩٦٦	أ.د. أحمد شمس الوكيل
١٩٧١ - ١٩٦٨	أ.د. حسن حسن كيوم
١٩٧٤ - ١٩٧١	أ.د. مصطفى كمال طه
١٩٧٧ - ١٩٧٤	أ.د. علي محمد البارودي
١٩٧٩ - ١٩٧٧	أ.د. محمد حسن خليل
١٩٨٢ - ١٩٧٩	أ.د. توفيق فخر
١٩٨٥ - ١٩٨٢	أ.د. جلال ثروت محمد
١٩٨٨ - ١٩٨٥	أ.د. جلال علي العدوي
١٩٩١ - ١٩٨٨	أ.د. مصطفى الجمال
١٩٩٣ - ١٩٩٢	أ.د. محمد زكي أبو عامر
١٩٩٨ - ١٩٩٤	أ.د. محمد السعيد الدقاق
٢٠٠١ - ١٩٩٨	أ.د. مصطفى سلامة حسين

المعلوماتية والأوراق التجارية

(الكمبيالة كنموذج)

دكتور

محمد السيد الفقي

مدرس القانون التجاري والبحري

كلية الحقوق - جامعتي الإسكندرية وبيروت العربية

صفحة	الفهرس
١	المبحث الأول : المعلوماتية والأوراق التجارية الكمبيالة كنموذج
١٠٣	المبحث الثاني : التعسف فى استعمال الحق الإجرائى
١٦٥	المبحث الثالث : العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى الذاتج الحقيقى فى مصر
٢٠٩	المبحث الرابع : رجوع المؤمن على الغير المسلول عن الضرر
	المبحث الخامس : نظام الجات لمكافحة الإغراق غير المشروع بالسلع الاجنبية
٢٢٧	
٢٧١	مكافحة غسل الأموال

Recent developments and challenges of the Protection of
intellectual property rights under the Thips Agreement.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

منذ أن خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وميزه من بين كائنات الأرض الأخرى بالعقل والفكر، لم يكف هذا المخلوق البشري عن التفكير والتدبر والبحث. فبعد أن عاش العالم قديماً ولفترة طويلة عصر المجتمع الزراعي ظهر القرن التاسع عشر يحمل بين جنباته بؤار ثورة صناعية كبرى سرعان ما حطت بأقدامها أرض الواقع على نحو تغير معه وجه العالم بكافة معالمه. فكان أن استخدم البخار والكهرباء في الصناعة، وصارت المركبات الهوائية حقيقة ملموسة، إلى غير ذلك من التطورات الاقتصادية التي وأكبت القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين.

ولم تكد المجتمعات الحديثة تستوعب تلك المتغيرات والمستحدثات حتى انفجرت مع مطلع النصف الثاني من القرن العشرين ثورة جديدة ذات طابع خاص عرفت بالثورة المعلوماتية^(١) La révolution informatique.. فما من شك أن ما

^(١) والمعلوماتية تعني المعالجة الآلية للمعلومات أو تكنولوجيا وعلم المعلومات. ويعني هذا اللفظ بالفرنسية *informatique*، وهو يتكون من الأحرف الأولى لكلمتي *information* (معلومات) و *Automatique* (آلي). ويقابله بالإنجليزية *informatic* والذي يتكون من كلمتين أيضاً هما *Automatic* و *information*. وكان أول من استعمل هذا المصطلح عام ١٩٦٢ هو الفقيه الفرنسي Ph. Dreyfus في وصفه للمعالجة الآلية للمعلومة، ثم نال قبول الأكاديمية الفرنسية عام ١٩٦٦. ومنذ ذلك الوقت صارت المعلوماتية مصطلحاً شائعاً في المعاجم والموسوعات. فعرّفها قاموس *Le Robert* في ملحق له منذ عام ١٩٧٠ بأنها: "مجموعة التقنيات المتعلقة بالمعلومة وينقلها وبشكل خاص بمعالجتها الآلية عبر الإلكترونيك". كما عرّفها قاموس *La Rousse* بأنها: "علم المعالجة الآلية والمغلانية للمعلومة كمرتكز للمعارف والاتصالات". أما الموسوعة الفرنسية *Axis-Hachette* فذهبت في تعريفها للمعلوماتية بأنها: "مجموعة الطرق والتقنيات المطبقة في المعالجة الآلية للمعلومة".

أظهرته النتائج المذهلة في مجال المعلومات والتقنيات المرتبطة بها يُعد بمثابة إعلان واضح لنهاية المجتمع الصناعي وولادة مجتمع جديد هو مجتمع المعلومات société d'information والاتصالات، والذي أضحت فيه المعلومة مصدراً أساسياً واستراتيجياً^(١). وقد شهد هذا المجتمع تزواجاً^(٢) ناجحاً بين تكنولوجيا المعلوماتية وأدوات الاتصال السلكية واللاسلكية أثمر عن ولید سمي بالانترنت أو شبكة الشبكات^(٣).

وتعود شبكة الانترنت في نشأتها إلى سنوات الستينات نتيجة تلاحم شبكتي اتصالات أمريكيتين مستقلتين إحداهما تابعة لوزارة الدفاع الأمريكية والأخرى تابعة للجامعات الأمريكية. ففي عام ١٩٦٤ طلبت وزارة الدفاع الأمريكية من وكالة مشاريع الأبحاث المتقدمة (ARPA)^(٤) بناء شبكة اتصالات تضم مجموعة من أجهزة الحاسبات الآلية^(٥) تستطيع، في حالة تعرضها لكارثة تدمير أو هجوم

(١) Elise Daragon, Etude sur le statut juridique de L'information, D. 1998, p. 63.

(٢) وقد أشار البعض إلى لفظ التزاوج بالفرنسية بكلمة (Mariage).

André Lucas, Le droit de l'informatique, Thémis, France, 1987 No. 384, p. 63.

بينما يطلق عليه البعض الآخر لفظ (couplage):

Yves. Poulet, L'informatique: Des défis pour le juriste, Reflets et perspectives de la vie économique, Tome XXV 1986.4. p. 286.

(٣) ويقدر البعض عدد مستعملي الشبكة عام ٢٠٠٣ بأكثر من نصف بليون شخص.

Marie-Jeanne CAMPANA, De l'influence des technologies modernes, Rapport introductif, Revue de Jurisprudence commerciale, Janvier 2001, p. 9.

(٤) Advanced Research Project Agency وهي وكالة متخصصة في تكنولوجيا المعلوماتية تم

انشاؤها عام ١٩٥٧، ثم أصبحت تابعة لوزارة الدفاع الأمريكية وصار اسمها فيما بعد (Defense

Advanced Research Project Agency) DARPA لتكون بمثابة مركز أبحاث عسكرية وعلمية.

(٥) عادة ما يشار إلى الحاسب الآلي بلفظ كمبيوتر وترجمته بالإنجليزية computer وبالفرنسية

ordinateur. كما درج البعض على الإشارة إليه بكلمة Quincaillerie باعتبار أن هذا المصطلح ترجمة

حرفية للمصطلح الإنجليزي الشائع للدلالة على الحاسب الإلكتروني Hardware.

Nelly BIANQUET, La protection des programmes d'ordinateurs, memoire pour le diplôme des Etudes supérieures spécialisées du droit de la propriété industrielle (Paris II), October 1979, No 10, p. 6.

نووي، الاستمرار في العمل لضمان ارسال التعليمات إلى مركز التحكم في قواعد إطلاق الصواريخ. وبعد سنوات قليلة عكف الخبراء والمتخصصون خلالها على البحث والدراسة أنشئت عام ١٩٦٩ شبكة تجريبية عرفت باسم أربانت ARPANET نسبة إلى الوكالة التي قامت ببنائها^(١). وفي عام ١٩٧٠ إرتبطت هذه الشبكة بمجموعة من الشبكات التابعة للجامعات الأمريكية^(٢) الأمر الذي استدعى وجود لغة معلوماتية موحدة تسمح للحاسبات الآلية المتصلة بهذه الشبكات، والتي تعمل بلغات مختلفة، بالاتصال فيما بينها. فكان ان استخدم لهذا الغرض بروتوكول X25 في نهاية عام ١٩٧٠ ثم حل محله بروتوكول TCP/I^(٣) عام ١٩٨٣.

مشار اليه في د. حسام لطفي، الحماية القانونية لرماع الحاسب الالكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٧، ص ٥.

ومن المصطلحات العربية الشائعة المقابلة للفظ الكمبيوتر الحاسب الالكتروني، العقل الالكتروني، الدماغ الالكتروني، النظم، النظم الآلي، الخ.

وقد عرفت لجنة مصطلحات المعلوماتية La commission de terminologie de L'informatique في قرارها الصادر بتاريخ ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨١ مصطلح الحاسب أو الكمبيوتر بأنه: "جهاز معلوماتي للمعالجة الآلية للبيانات يضم الأعضاء الضرورية لعمله المستقل (وجدير بالإشارة أن اللجنة المذكورة هدفها في فرنسا صون اللغة الفرنسية وحمايتها وكذلك حماية المستهلكين. كما أن التعريفات التي تضعها غير ملزمة).

^(١) وكانت هذه الشبكة عند إنشائها تربط أربع حاسبات آلية ضخمة فيما بينها. وقد ألغيت شبكة ARPANET عام ١٩٩٠ لتحل محلها شبكة أخرى تابعة لوزارة الدفاع الأمريكية هي شبكة DND .
^(٢) مثل جامعة كاليفورنيا، وجامعة سانت باربارا، وجامعة يوتاه، ومعهد استنفورد Stanford الدولي للأبحاث.

^(٣) ويرجع أصل هذه التسمية إلى بروتوكولين مستقلين هما بروتوكول التحكم في النقل Transfer control Protocol أو Protocole de contrôle de transmission وكذلك بروتوكول انترنت internet Protocol أو Protocole internet . راجع في شرح هذه البروتوكولات طوني عيسى، النظم القانوني لشبكة الانترنت، النشورات الحقوقية ، صادر، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٤٤.

هذا وقد شهد عام ١٩٨٤ الميلاد الرسمي لشبكة الانترنت عندما تم ربط

أربع شبكات إتصال رئيسية بعضها ببعض الآخر وهي شبكات ARPANET وUSENET وBITNET وCSN . ثم انضمت إلى تلك الشبكات شبكة NSF NET والتي أنشأتها "المؤسسة الوطنية للعلوم"^(١) في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٨٥. ومنذ ذلك الحين وشبكة الانترنت آخذة في النمو والتطور بحيث لم تعد الاستفادة من خدماتها^(٢) مقصورة فقط على المؤسسات العامة

(١) National Science foundation (NSF).

(٢)

(٣) ومن أهم الخدمات التي تقدمها شبكة الانترنت وأكثرها انتشاراً البريد الإلكتروني (Electronic mail أو E-mail) (courrier électronique -Messagerie électronique). وتعني هذه الخدمة تبادل الرسائل الإلكترونية فيما بين مستخدم للشبكة وآخر. أما إذا كانت الرسالة ذاتها موجهة إلى عدد غير محدد من المشتركين فيطلق على الخدمة عندئذ: "اللائحة أو القوائم البريدية" Listes de diffusion أو Mailing Lists . وتمثل خدمة البريد الإلكتروني أحد الأسباب الرئيسية لمحاولة العديد من المستخدمين الاتصال بالانترنت إلى حد أن هؤلاء كانوا في البداية عندما يفكرون في شبكة الانترنت لا يأتي في ذهنهم غير البريد الإلكتروني. وجليد بالاشارة أنه يمكن إرسال حوالي أربعة آلاف رسالة في الثانية على الانترنت 41 - 40 p. Olivier Hance, Business and droit d'internet.

وإلى جانب البريد الإلكتروني توجد خدمة الويب www أو World wide web . وترجع نشأة نظام الويب إلى عام ١٩٨٩ في سويسرا بالمركز الأوروبي للأبحاث النووية cern حيث قام الإنجليزي Tim Berners Lee بتصميم برنامج يرتكز على فكرة تخزين معلومات مع إمكانية إقامة صلات مباشرة فيما بينها على غرار ما يحدثه نسيج الشبكة التي يصنعها العنكبوت. وقد أصبح هذا البرنامج في حكم الواقع عام ١٩٩٣ من خلال برنامج التصفح Mosaic ثم تم نشره وتعميمه بدءاً من عام ١٩٩٤ من جانب شركة Netscape الأمريكية. أيضاً يتدرج ضمن خدمات الانترنت بروتوكولات نقل الملفات عن بعد File Transfer Protocols، وأشهر هذه البروتوكولات FTP ، و Telnet ، و Gopher ، و Wais. كما يقدم الانترنت أيضاً منتديات المناقشة والمجموعات الاختيارية New groups - forums .de discussion

والجامعات ومراكز البحوث، بل دخل في زمرة المستفيدين منها أيضاً الأفراد والشركات التجارية والمؤسسات الخاصة^(١).

ومما لا شك فيه أن الثورة المعلوماتية قد استحدثت لغة جديدة مشتركة^(٢) صارت هي وسيلة التفاهم الرئيسية بين أفراد المجتمع المعلوماتي. فيستطيع الشخص متى كان ملماً بقواعد ومصطلحات هذه اللغة أن يقيم حواراً أو يبرم تصرفات مع قرنائه في شتى أقطار العالم بغض النظر عن جنسيتهم أو اللغة الأم التي يتحدثون بها. ولم يكن حاجز اللغة هو فقط الذي أزالته ثورة المعلومات والاتصالات، بل هدمت أيضاً الحدود السياسية والجغرافية بين مختلف الأقطار لينشأ ما يمكن أن نطلق عليه، إن جاز التعبير، الوطن المعلوماتي، ذلك الوطن الذي ليس له وجود مادي أو حدود سياسية، وإنما هو موجود في الفضاء الإلكتروني المترامي الأطراف حول العالم.

ورغم اتفاق الآراء على أن ثورة المعلومات والاتصالات قد فاقت كل التوقعات إلا أنها تباينت في وصفها. فالبعض^(٣) يراها ثورة أكثر تطوراً وعمقاً من ثورة اكتشاف العملة الكتابية أو ظهور حروف الهجاء أو اختراع الطباعة. والبعض

(١) بلغ عدد الحاسبات الآلية المتصلة بشبكة الانترنت عام ١٩٨١ حوالي ٣٠٠,٠٠٠ حاسب آلي زاد إلى أكثر من مليون عام ١٩٩٣ وأكثر من ١٢ مليون عام ١٩٩٦. ومع بداية عام ٢٠٠٠ بلغ العدد ١٥٠ مليون حاسب آلي، ووصل إلى حوالي ٢٠٠ مليون في عام ٢٠٠٢، راجع الإحصائيات التي تجريها شركة Network wizard حول نمو واتساع شبكة الانترنت في الموقع الإلكتروني التالي:
<<http://www.nw.com>>

Catherine MALECKI, Regards sur le Formalisme cambiaire à L'heure de la signature électronique, JCP-La semaine juridique entreprise et affaires, No 51-52, décembre 2000, p. 2041.

Philippe Quéau, inforoutes et société, Doc. Ass. Nat. et sénat, n. 1980 et 232, 9 Mars 1995; Bensoussan (A.), Internet aspects juridique, Hermes, 1996, p. 15.

الآخر^(١) يماثلها بثورة اكتشاف البخار أو ثورة الكهرباء.

وأيضاً كان الأمر، فما أن وطئت المعلوماتية أرض المعرفة إلا وسرعان ما بثت آثارها في جميع المجالات. فعلى الصعيد العملي، ومنذ بزوغ هذه الثورة نجد التقنيات الحديثة للمعلومات والاتصال تتغلغل في كثير من القطاعات كالقطاع المالي والمصرفي وقطاع التجارة على وجه الخصوص. وقد أدى هذا بطبيعة الحال إلى تحول جذري وشامل للأساليب والممارسات التي تستخدمها المؤسسات العاملة في تلك القطاعات. ومع اتساع آفاقها وآثارها يوماً بعد يوم تكون الثورة المعلوماتية قد ساهمت وبدرجة كبيرة في زيادة زخم التيار الجارف الذي شمل اقتصاديات العالم ومنط حياة مجتمعاتها والمعروف بتيار العولمة^(٢).

وللمعلوماتية بالتأكيد تأثيرها الفعال على القانون بشتى فروعه^(٣). فمن المعلوم أن قوام نشأة القواعد القانونية في أي دولة هو تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع والعلاقات القائمة فيما بينهم. لذلك فمنذ إشراق هذه التكنولوجيا بتطورها التقني الهائل ورجل القانون يسعى جاهداً وراء سد كل فراغ تشريعي أوجدته وراءها. يؤكد هذا ما حدث من تغييرات جوهرية في القانون الجزائي، وقانون العمل، والقانون الإداري. بيد أنه لا يخفى على أحد أن أكثر فروع القانون تأثراً بهذه التكنولوجيات هو القانون التجاري بمختلف أقسامه. ولعل خير شاهد على ذلك

^(١) Gérard Théry, les autoroutes de L'information, La Documentation Française, Oct. 1994.

^(٢) انظر في مظاهر تلك العولمة:

Marie-Jeanne CAMPANA, op. cit. p.9.

^(٣) انظر في تأثير المعلوماتية على القانون الخاص:

J. HUET, La modification du droit sous L'influence de L'informatique: Aspects du droit privé, J.C.P. Éd. G. 1983. I. 3095.

وفي تأثيرها على القانون العام أنظر:

Herbert MAISH, La modification du droit sous L'informatique: des L'informatique: Aspects du droit public, J.C.P. Éd. F. 1983. I. 3101.

التعاقد عن بعد بواسطة شبكة الانترنت أو ما اصطلح على تسميته بعقود التجارة الالكترونية^(١). وتتميز هذه الأخيرة بأنها تجارة بلا حدود على نحو يمكن معه القول بأن التعاقد عبر الانترنت يتم مع عميل كوكبي *clientèle planétaire*. ويثير ذلك العديد من المشاكل أبرزها على وجه الخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية. كما تتميز عقود التجارة الالكترونية بطابع غير مادي الأمر الذي يطرح على بساط البحث مشكلة إثبات إلتزامات الأطراف^(٢) والذي يتم في ظل القانون الحالي عبر الكتابة^(٣).

وقد أرخت ثورة المعلوماتية والاتصالات بنقلها على نظرية الأعمال التجارية فكان أن تغير التقسيم التقليدي لهذه الأعمال. كما أصبحت المؤسسة التجارية تشتمل ضمن عناصرها الجوهرية على عنصر جديد ونعني به الموقع. أكثر من ذلك فقد شهدت الأموال التجارية ولادة نوع جديد أسماه البعض بالمال المعلوماتي^(٤).

^(١) وطبقاً للدراسات الأمريكية فقد بلغت مبيعات المنتجات والخدمات على الانترنت حوالي ٢٢٥ مليار دولار عام ١٩٩٦، بزيادة قدرها ٥٠% عن عام ١٩٩٥، كما قدرت أعمال المشروعات الفرنسية عام ١٩٩٦ بحوالي ٥٠ مليار فرنك فرنسي:

Thierry Piette- coudol et André Bertcand, *internet et la loi*, 1997, p. 177.

^(٢) انظر حول هذه المسألة:

Pierre-Yves Gautier, *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent*, J.C.P. Éd. G., No 24 – 14 Juin 2000, p. 1113.

وأيضاً أ. د. محمد مرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، العدد ٤٨، ١٩٩٥، السنة ١٢ ص ٨٥ .

^(٣) انظر في المظاهر القانونية للتجارة الالكترونية:

Hervé Bouilhol. *Les aspects Juridiques du commerce électronique*, Banque and Droit No 60 – Juillet – août 1998, p. 16; olivier, *internet et le droit*, Aspects Juridiques du commerce électronique, Éd. 1996, p. 8.

Michel VIVANT, *A propos des «biens informationnels»*, J.C.P., Éd. G. 1984, I, ^(٤) No 3132.

ولم تكن البنوك بمعزل عن التأثير، بل يمكن القول أن أثر المعلوماتية على تطور القانون يبدو ملاحظاً في مجال البنوك عنه في أي مجال آخر. فقد ساهمت تكنولوجيا المعلومات بشكل جوهري في تجديد أساليب العمل المصرفي وآلياته. كما أدت إلى تعدد الخدمات البنكية وطرق اتصال العملاء ببنوكهم. فالبنوك تعتبر بمثابة تربة خصبة يسهل على المعلوماتية أن تحصد منها ثماراً كثيرة. وآية ذلك ما شهدته المصارف منذ فترة طويلة من إنشاء شبكات كمبيوتر داخلية وفيما بينها واستخدامها في العديد من الإجراءات والمعاملات البنكية. يضاف إلى ذلك الانفتاح على الجمهور من خلال المنافذ الآلية والهاتف المصرفي Phone Bank. ومن الأساليب الحديثة أيضاً الانترنت المصرفي، إذ اتجهت البنوك نحو التوسع في إنشاء مقر لها على الانترنت بحيث يستطيع العميل أن يصل من منزله أو مقر عمله إلى الفرع الإلكتروني بطريقة سهلة وأمنة^(١). وأخيراً وليس آخراً فقد أصبحت أوامر التحويل المصرفية تتم الآن في بعض المصارف عبر نظام "خدمات المقاصة الإلكترونية المصرفية" Bankers Automated clearing services LTD (BACS)^(٢).

ويتسع نطاق المعلوماتية المصرفية ليشمل معظم العمليات التي تقوم بها البنوك ومن بينها تلك الواردة على الأوراق التجارية لا سيما الكمبيالة والسند

^(١) ومن بين الخدمات التي يقدمها البنك لعملائه على الانترنت، النشرات الإعلانية الإلكترونية عن الخدمات المصرفية، ومراقبة أرصدهم، وإدارة محافظهم المالية (من أسهم وسندات)، وتحويل الأموال بين حساباتهم المختلفة. وفي المستقبل القريب سيكون في مقدور عملاء البنك مقابلة موظفيه على شاشات الكمبيوتر والاستفسار منهم عما يلور في ذهنهم من أسئلة وطلب النصيحة. كما يجيز نظام الانترنت intranet للبنوك تقديم خدمات متنوعة لكافة المستخدمين وتسويق خدماتها المالية لا سيما في المناطق التي تفتقر إلى فروع مصارف محلية.

^(٢) وقد تأسست هذه الخدمة عام ١٩٦٠ ثم تم تطويرها بتطبيق نظام GIRO عام ١٩٦٧ ويتم من خلالها تحويل النقود من حسابات العملاء إلى حسابات أشخاص أو هيئات أخرى في أي فرع لأي مصرف في الدولة د. رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، ١٩٩٩، ص ٦٠.

الإنزني. فلما كانت هاتان الأخيرتان هما أفضل وسيلة لتحقيق الائتمان وكانت البنوك تضطلع بتوزيع الائتمان، فإن العمليات على الأوراق التجارية (كالخصم والقبول والتحويل) لا تتم عادة في العمل إلا بواسطة البنوك. وقد زاد من أهمية تلك الوظيفة التطور التكنولوجي الحديث الذي أدى إلى تجريد أدوات الوفاء والائتمان من طابعها المادي détmatérialisation^(١). فلا شك أن إجراء التحويلات عن بعد يعد أمراً صعباً إن لم يكن مستحيلاً بدون وساطة البنك، وذلك في ظل الظروف المتعلقة بالنفقات ومدد التحويل وكذلك وسائل الأمان المعقولة^(٢).

ويرجع استخدام تقنية المعلوماتية في معالجة الأوراق التجارية بفرنسا إلى عام ١٩٧٣^(٣). فقبل هذا التاريخ كان العمل المصرفي يشهد لجوئاً مفرطاً إلى استخدام الكمبيالات والسندات الإنزنية نظراً للمميزات التي تقدمها لمستخدميها. لكن سرعان ما برزت المشكلة وتفاقت مع تزايد عدد الكمبيالات على وجه الخصوص. فالكمبيالة ترتبط من حيث وجودها قانوناً بدعامة ورقية مكتوبة تحمل عدداً من البيانات حددها القانون. هذا الشكل الذي تتخذه الكمبيالة جعل منها أحد المجالات الهامة لطغيان الورقة^(٤). وقد ظهرت المساوئ الخطيرة لذلك الكم الهائل من الكمبيالات الورقية من خلال تعدد المراحل التي تمر بها الكمبيالة تدريجياً منذ

(١) ويعني مصطلح détmatérialisation استبدال الدعامة المعلوماتية بالدعامة المادية للحق (الورقة المكتوبة).

Dictionnaire de droit, M. Fontaine, R. caralerie, J. A. Hassen forder, La DICOTHEQUE FOUCHER, 2^e édition, 2000, p. 138.

Garance MATHIAS et Jean-Michel SAHUT, La Banque et Internet, Computer and Telecoms Law Review 1999/2 p. 10.

(٣) وبالتحديد في ٢ يوليو عام ١٩٧٣ وهو التاريخ الذي تم فيه لأول مرة تطبيق نظام الكمبيالة المترنة بكشف.

Michel Jeantin, Paul Le Cannu, Droit commercial, Dalloz, 1999, p. 268

M. Vasseur, La lecture de change relevé, De L'influence de L'informatique sur le Droit, éditions Sirey, 1976, p. 1; RTD com. 1975, p. 200.

نشأتها بواسطة الساحب وتداولها فيما بين المظهرين والضامنين الاحتياطين والبنك المحصل أو الخاصم والبنك محل الوفاء حتى وصولها إلى المسحوب عليه الذي يتلقاها كوسيلة لإثبات الوفاء. ولا شك أن تداول الكمبيالة يفرض القيام بسلسلة من المعالجات اليدوية مما يؤدي إلى تضخم حجم الأعمال الإدارية الملازمة لها^(١) وما يستتبعه ذلك من كلفة مادية باهظة^(٢). وقد بدت المشكلة أكثر سوءاً مع الزيادة غير المباشرة لتكلفة الائتمان واحتمال تعرض نشاط البنوك لبعض الشلل^(٣).

إزاء ما تقدم فقد شهدت الساحة المصرفية حركة سريعة قادتها في البداية الجمعية المهنية للمصارف L'Association Professionnelle des Banques بفرنسا والتي سعت جاهدة إلى إيجاد أداة ائتمان بديلة عن الأوراق التجارية بشكلها التقليدي، وذلك لتخفيف العبء الثقيل الذي سببه تنظيم وإدارة تلك الأوراق. كما كان هذا أيضاً هو أحد الأهداف التي نشأت لجنة جيلي Gilet في نوفمبر عام ١٩٦٦ من أجل تحقيقها. وفي سبتمبر عام ١٩٦٩ وبعد دراسات مستفيضة باشرتها لجنة فرعية منبثقة عن لجنة الدراسات التقنية وتوحيد البنوك تم التوصل إلى مشروع أداة جديدة عرفت باسم "الكمبيالة المقترنة بكشف- Lettre de change-relevé"^(٤)، والتي كلفتها محكمة النقض الفرنسية بالكمبيالة المصرفية "effet

^(١) وطبقاً لدراسة أجريت عام ١٩٧٦ فقد ثبت أن تلك الأعمال تستغرق حوالي ١٥ ٪ من الجهد البشري داخل المصارف.

Vasseur, op. cit. p. 2; Leclercq et Gérard, L'évolution du droit des effets de commerce sous l'influence de L'informatique, Rev. dr. bancaire et de la bourse 1989, p. 153; Deschanel, lettre de change-relevé, J.Cl. Banque credit, Fasc. 440; couret, Devèze, Hirigoyen, Lamy Droit du Financement 1992, No 1804 et s.

^(٢) هذا ويقدر البعض هذه الكلفة بحوالي ٤٠ ٪ من النفقات العامة للبنوك.

G. SUANT, Normalisation des effets de commerce et marquage magnétique, Banque, Septembre 1981, p. 16.

^(٣) R. Jacqueline, La Place des effets de commerce et des effets financiers dans le système bancaire français, Banque, 1975, p. 937.

^(٤) جدير بالاشارة أن نظام الكمبيالة المقترنة بكشف قد انتقل أيضاً إلى السند الإذني لينشأ ما يسمى بالسند الإذني المقترن بكشف-billet à ordre-relevé.

"bancaire" ^(١) . وقد قدم المشروع إلى اللجنة الأصلية في سبتمبر عام ١٩٧١ ليتم التصديق عليه نهائياً في أكتوبر من ذات العام ^(٢).

وتدور الفكرة الرئيسية للكمبيالة المقترنة بكشف ^(٣) حول إرادة التزواج بين الكمبيالة الورقية في شكلها التقليدي والسندات ذات الطبيعة المعلوماتية على نحو يسمح باستيفاء قيمة الكمبيالات فيما بين البنوك. ولا شك أن ميكنة الأوراق التجارية بوجه عام يوقف عملية تداولها بين البنوك الأمر الذي يستبعد عدداً من المعالجات اليدوية التي يتولد عنها مصاريف باهظة.

والأمر كذلك فالمشكلة تتعلق إذن بقانون الصرف وأثار إدخال المعلوماتية في تنظيم الأوراق التجارية. فهذه الأخيرة تتميز بشكلية معينة تمثل في الأساس جوهر نظامها القانوني ^(٤). بعبارة أخرى فالدعامة الورقية التي تصدر فيها الكمبيالة لا يقف دورها عند مجرد اعتبارها أداة لاثبات علاقة قانونية، بل إن الأمر يتصل بركن شكلي لا ينهض بدونه الالتزام المصرفي الناشئ عن التوقيع على الكمبيالة، وبالتالي لا مجال للمشفاهة في مثل هذا الالتزام ^(٥). وينبغي على ذلك أن الحق المصرفي للحامل في مواجهة الموقعين على الكمبيالة إنما يندمج في هذه الأخيرة وينتقل مادياً معها سواء بذاته أو مدعماً بالقبول أو الضمان الاحتياطي. وبدهي أن هذا الطابع المادي للكمبيالة لا يهيأها لأن تكون محلاً للنقل الإلكتروني

^(١) Cass. com. 30 Mai 1985, Bull. 1985. IV, No 172, D. 1986. I. R. 329.

^(٢) R. JACQUELINE, La Lettre de change relevé, Banque, Mars 1972, p. 15.

^(٣) وكذلك السند الإذني المقترن بكشف.

^(٤) M. VIVANT, Le Fondement Juridique des obligations abstraits, D. 1978-ch. 39.

^(٥) أ. د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، ٢٠٠٠، ص ٢٢، أ. د. فايز رضوان، الأوراق التجارية ٢٠٠٠

— ٢٠٠١، دار النهضة العربية، ص ٢٣، نقض ٢٥ يونيو ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص

١٢٩٢، نقض ٢٣ يناير ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررها محكمة النقض في ٢٥ عاماً، الجزء

الأول ص ٣٢٧.

الذي تتضائل معه فرص تداولها ^(١) خلاصة القول أنه إذا كانت القواعد التقليدية لقانون الصرف تستند إلى وجود دعامة ورقية، فإن المعلوماتية تعمل على إخفاء هذه الدعامة.

هذا وقد بلغت المعلوماتية المصرفية ذروتها في فرنسا، حيث تعتبر هذه الأخيرة في طبيعة الدول الأوروبية التي يتركز نشاط مصارفها على المعالجة الآلية للمعلومات ^(٢). وتطبيقاً لذلك ومنذ عام ١٩٨٧ فقد أصبح استخدام الكمبيوتر في معالجة الأوراق التجارية منهجاً ^(٣) في المصارف الفرنسية ^(٤). فالأصل أن تتم

^(١) J. Huet, la modification du droit sous L'influence de L'informatique: aspects du droit Privé, J.C.P. 1983-1-3095, No 39.

^(٢) وجدير بالإشارة أن الكميالة المقترنة بكشف كان قد أجاز التعامل بها على سبيل التحريب لتسوية الصفقات العامة.

D. 7 Déc. 1987, A. 7 Déc. 1987, intr. 23 Déc. 1987 (J.O., 31 déc. 1987), instruction aux comptables du Trésor du 20 Janv. 1988.

J. HUGON, «une petite révolution: Le paiement des marchés Public par L.C.R.», Rev. dr. bancaire 1988 p. 84.

Réponse ministérielle No 35100, J. O. Débats A.N., 2 Mai 1988, p. 1892. ^(٣)

Code de commerce Dalloz, 2003 p. 1326 ^(٤) مشروحه ذ:

^(١) من الملاحظ أن معلوماتية الأوراق التجارية تتقدم بسرعة في الوقت الحاضر. فعلى سبيل المثال بلغ عدد الكميالات المقترنة بكشف في عام ١٩٩١ حوالي ٨٨% بينما كانت الكميالات المتداولة حوالي ١٢%. Jean Devèze et Philippe Pétel, Droit commercial, instruments de paiement 1992, p. 182. et de credit, montchrestien, 1992, p. 182. زادت نسبة الكميالات المقترنة بكشف لتصل إلى ٩٥,٧%، وفي عام ١٩٩٣ تم معالجة ٦,٠١ مليون كميالة ورقية تمثل في مجموعها ١٩٨,٠٨٠ مليار فرنك فرنسي في حين بلغ عدد الكميالات غير الورقية ١٣٢,٦٢ مليون كميالة تمثل ٢,٩٥٦ مليار فرنك فرنسي (Rapport CNC 1993. p. 466-465).

Jean-Louis Rives-Lange, Monique contamaine-Raynaud, Droit bancaire, 6^e édition, DALLOZ, DELTA, p. 326 note No 4 et p. 311 note No 2.

وطبقاً لإحصائية أخرى أحرزت عام ١٩٨٩ لوحظ أن عدد الكميالات العادية التي تم استبدالها في غرفة المقاصة بفرنسا عام ١٩٨٥ قد بلغ حوالي ٨٣,٠٠٠,٠٠٠ كميالة، وفي عام ١٩٨٦ حوالي ٧٨,٠٠٠,٠٠٠ كميالة، وفي عام ١٩٨٧ حوالي ٦٩,٠٠٠,٠٠٠. في المقابل فقد زاد عدد الكميالات

معالجة كافة الأوراق المقدمة إلى البنك آلياً ما لم تتجه إرادة أصحاب الشأن إلى العكس. وإذا رغب هؤلاء في أن تسلك الورقة طريقها الطبيعي لاستيفاء قيمتها وجب عليهم أن يضمنوها بياناً بهذا المعنى كأن يقال مثلاً "كيميالة متداولة" *Lettre de change circulant (L.C.C.)*.

يبقى أن نؤكد على أن سلوك الطريق المعلوماتي في معالجة الأوراق التجارية ليس معناه هجر العمليات التقليدية تماماً، وإنما المقصود هو عدم الالتجاء إليها إلا في الحالات التي يكون فيها تطبيقها مفيد وفعال^(١).

وتسيطر على مدار هذا البحث فكرة جوهرية مؤداها ضرورة الموازنة بين قواعد قانون الصرف التقليدية والمعلوماتية التي صارت في الوقت الحاضر كنسبات الهواء تننفسها غالبية الأنشطة التجارية والنشاط المصرفي على وجه الخصوص. بتعبير آخر فقد بات محتملاً التخلي ولو جزئياً عن نظرة التقديس التي كان قانون الصرف يحيط بها الورقة قبل أن تغزو المعلوماتية مجال الأعمال التجارية. صحيح أن للورقة دوراً تؤديه كدعامة للحق المصرفي، لكنها في النهاية

المقترنة بكشف من ٥,٧ مليون في عام ١٩٧٧ إلى ١٠,٧ مليون عام ١٩٧٨ و ١٨,١ مليون عام ١٩٨١، و ٢٦,٧ مليون عام ١٩٨٣، و ٤٠,١ مليون عام ١٩٨٥، و ٤٨ مليون عام ١٩٨٦، و ٦٠ مليون عام ١٩٨٧.

P. Leclerc et Y. Gérard, op. cit. p. 153; J. HUET et H. MAISL, Droit de L'informatique et Télécommunications, Litec, 1989.

^(١) هذا ويكون استخدام الدعامة الورقية ضرورياً لحفظ الحق في الرجوع الصربي والاحتفاظ ببعض الضمانات لاستيفاء قيمة الكيميالة (القبول على وجه الخصوص).

Décision du comité français d'organisation et Normalisation bancaires du 20^e octobre 1992, RTD com. 1993, 136, obs. Cabrillac et Teyssi; Actualité bancaire no 192, 26 avril-3 mai 1993.

ومع ذلك يرى البعض أن إرسال الأوراق التجارية لقبولها بواسطة المسحوب عليه لا يوكل إلى البنوك إلا في ٥% من الحالات فقط، كما أن إجراء الاحتجاج لعدم الوفاء لا يتم إلا بالنسبة لأقل من ١% من الأوراق غير المدفوعة.

Leclerc et Gérard, op. cit. p. 154.

مجرد دعامة للمعلومات يمكن استبدالها بدعامة أخرى ممغنطة. وترتيباً على ذلك إذا ما نشأت الكمبيالة على ورقة، فإن البيانات التي تتضمنها يمكن أن تتداول على شريط ممغنط.

وتطبيقاً لما تقدم يجري العمل على إنشاء كمبيالة ورقية يتم تحصيلها عن طريق المعلوماتية، ويطلق على هذا النوع من الكمبيالات "الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف" Lettre de change relevé-papier .

بل وقد تذهب الأمور إلى أبعد من ذلك على نحو تختفي معه تماماً الدعامة الورقية ويصير الباب مفتوحاً لإنشاء كمبيالات إلكترونية حيث تعد "الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف" Lettre de change relevé-magnétique النموذج الأمثل لها.

والتساؤل الذي يفرض نفسه هنا يدور حول ماهية الآثار التي يمكن أن تترتب على هذه الكمبيالات المقترنة بكشف بنوعيتها، وكذلك النظام القانوني الذي تنتسب إليه كل منهما. هذا ما سوف نحاول الإجابة عليه من خلال تقسيم الموضوع إلى فصلين نعرض في أولهما الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، وفي ثانيهما الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف.

الفصل الأول

الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

La lettre de change-relevé-papier

(التزاج بين المعلوماتية وقواعد قانون الصرف)

١ - تمهيد وتقسيم :

من المسلم به وفقاً للرأي الغالب في الفقه أن الكمبيالة في صورتها التقليدية هي عبارة عن ورقة تجارية تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب - Le tireur - إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه - Le tiré - بأن يدفع مبلغاً من النقود بمجرد الاطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين لإذن (أو لأمر) شخص ثالث هو المستفيد - Le bénéficiaire .

ويترتب على توقيع الساحب على الكمبيالة نشوء إلزام جديد في ذمته هو الالتزام الصرفي. وبوصفه إلزاماً إرادياً فلا بد وأن تتوافر في هذا الأخير ذات الشروط الموضوعية لصحة الالتزامات الإرادية بوجه عام ^(١) . بيد أن الكمبيالة هي في المقام الأول ورقة شكلية، حيث تطلب المشرع أن تصدر في شكل خاص تتضح معالمه في عدد من البيانات الإلزامية حددها القانون فيها.

والكمبيالة كورقة تجارية قابلة للتداول عن طريق التظهير. وهي تعتبر، إلى جانب وظيفتها الاقتصادية كأداة للوفاء، أداة هامة للائتمان. لذا فهي تتضمن عادة أجلاً للاستحقاق. وهذا التأجيل في الوفاء يستلزم بلا شك تقديم بعض الضمانات إلى حامل الكمبيالة على نحو يجعله مطمئناً إلى الحصول على قيمتها في ميعاد

^(١) راجع د. أمين بدر، الإلتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية، محاضرات بمعهد الدراسات العالمية، ١٩٥٥،

فقرة ٢٩، د. مختار بريوي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص ٣٢.

الاستحقاق. ويتم الوفاء بقيمة الكمبيالة وفقاً لقواعد خاصة خرج المشرع التجاري بها على القواعد العامة في الوفاء، وذلك دعماً للثقة والانتمان في الكمبيالة بوصفها أداة رئيسية وفعالة لتسوية الديون التجارية.

وأخيراً فالأصل أن وفاء المسحوب عليه فعلياً بالكمبيالة هو فقط الذي ينقضي به الدين الصرفي الثابت فيها انقضاء طبيعياً، ومن ثم تبرأ ذمة المدينين الموقعين عليها من إلتزامهم الصرفي بضمان الوفاء. لكن قد يحدث أن يتمتع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق لأي سبب من الأسباب، وعندئذ يثبت للحامل حق الرجوع على سائر الموقعين على الكمبيالة باعتبارهم ضامين للوفاء بقيمتها في مواجهته على وجه التضامن.

وإذ كان ما تقدم فإن البحث يدور عن مدى تأثير القواعد السابقة بالمعلوماتية. فهل تظل الكمبيالة المعالجة آلياً محتفظة بولائها لقواعد قانون الصرف التقليدية أم أن المعلوماتية قد نالت من هذا الولاء، وإن كان فالى أي مدى؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال دراسة نظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف والعمليات التي يمكن أن تكون محلاً لها. فنتحدث بدايةً وعلى التوالي عن إنشاء هذه الكمبيالة (المبحث الأول) ثم حياتها (المبحث الثاني) ثم الوفاء بقيمتها (المبحث الثالث).

المبحث الأول

إنشاء الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

لا تختلف الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف كثيراً في مرحلة إنشائها عن الكمبيالة التقليدية، بل إن الأمر يتعلق في الواقع بإنشاء كمبيالة حقيقية بمعنى الكلمة. صحيح أن ظاهر التسمية قد يؤدي البعض إلى الاعتقاد بوجود اختلاف مبدئي بين الكمبيالتين، لكن سرعان ما يتلاشى هذا الاعتقاد بعدما يتضح أن الكشف المشار إليه لا يظهر عند الإنشاء وإنما لحظة إرساله بواسطة بنك المسحوب عليه إلى هذا الأخير.

إذن فنحن بصدد كمبيالة ورقية تصدر بواسطة الساحب وقابلة للدفع في ميعاد الاستحقاق المبين فيها. وعليه يشترط لصحة الالتزام المصرفي الناشئ عن التوقيع عليها الرضاء بهذا التوقيع وأن يكون هذا الرضاء صحيحاً صادراً عن ذي أهلية غير مشوب بعيب من عيوب الإدارة. وإذا صدر الرضاء من شخص آخر غير الأصل لزم أن تكون له سلطة التوقيع على الكمبيالة. كذلك يجب أن يكون لهذا الالتزام المصرفي محل وسبب بذات الشروط المطلوبة في القواعد العامة.

وتتخذ الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ذات الشكل المصرفي للكمبيالة العادية، وبالتالي فيجب أن تتضمن ذات البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة ٢٧٩ من التقنين التجاري مثل ذكر تسمية كمبيالة في صلب الورقة، الأمر الصريح بالدفع، اسم المسحوب عليه، ميعاد الاستحقاق... إلخ. فإذا لم يذكر في الورقة أي من هذه البيانات عدت باطلة ككمبيالة، فلا يمكن أن تنتج الآثار التي تتولد عادة عن الكمبيالة كورقة تجارية. ومن ثم لا يستطيع الحامل ولو كان حسن

النية أن يباشر أي إجراء للرجوع المصرفي^(١)، بل يجوز الدفع في مواجهته ببطلان الكميالة لأن نقص أحد بياناتها هو عيب ظاهر يمكن كشفه بمجرد الاطلاع عليها^(٢).

وإذا كان المشرع قد أورد في المادة ٢٧٩ سالفه الذكر تعداداً للبيانات التي تمثل في مجموعها الشكلية الملزمة للكميالة، إلا أن المعالجة المعلوماتية لهذه الأخيرة تتطلب إضافة بيانات أخرى جوهرية للبيانات التقليدية. وعليه يجب أن تتضمن الكميالة المقترنة بكشف عند إصدارها بيانين مكملين هما بيان "بدون مصاريف" وبيان "محل الدفع المختار". وعلى الرغم من كونهما في الأصل من البيانات الاختيارية فقد جرت العادة على ذكر هذين البيانين في غالبية الكميالات العادية.

أما شرط الرجوع بدون مصاريف^(٣) clause de retour sans frais فقد أشارت إليه المادة ٤٤١ من التقنين التجاري. ويقتصر أثر هذا الشرط في الكميالة على إعفاء الحامل من تحرير الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء. لكن يظل ملزماً بتقديم الكميالة للوفاء عند الاستحقاق، وكذلك لإخطار الضامنين بعدم القبول أو بعدم الوفاء في الميعاد المقرر قانوناً. ويفترض قيام الحامل بهذا الواجب، وعلى من يدعي العكس عبء الإثبات. وتذكيراً بالمادة السابقة فإنها تفرق بين ما إذا كان واضع الشرط هو الساحب أم أحد المظهرين. فإن كان الأول جاز للحامل الاحتجاج بالشرط على كل الموقعين على الكميالة، لأنه يكون في هذه الحالة معروفاً للجميع

^(١) Cass.com. 6 Juillet 1965: D. 1966, 24; cass. Com. 9 Novembre 1970: Bull.IV, No 297; RTD com. 1971, 746, obs. Cabrillac et Rives-Lange; cass. Com. 7 Novembre 1979, RTD com. 1980, P. 115, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

وانظر أيضاً في خصوص هذا البطلان:

M. CRIONNET: De L'omission des mentions obligatoires de la lettre de change, D. 1989, chron. 129.

^(٢) راجع مؤلفنا في القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ١١١ .

^(٣) ويطلق على هذا الشرط أيضاً كما هو معلوم الرجوع "بدون نفقة" أو "بدون احتجاج".

باعتبار أن الساحب هو منشئ الكميالة. وإذا قام الحامل بتحرير الاحتجاج رغم وجود الشرط، فإنه يتحمل نفقاته. أما إذا كان الشرط مدوناً من جانب أحد المظهرين، فإن الحامل لا يعفى من تحرير الاحتجاج إلا في مواجهة هذا المظهر فقط دون سائر الموقعين الملزمين في الكميالة سواء أكانوا سابقين عليه أم لاحقين له.

وفي الواقع أن استبعاد الكميالات القابلة للاحتجاج أو البروتستو من عملية المعالجة الآلية يفسر باعتبارات عملية. ذلك أن تطلب الاحتجاج من شأنه التقليل من أهمية أو فائدة هذه العملية، حيث ستكون الكميالة حال عدم الوفاء بقيمتها محلاً للتعامل اليدوي والتداول. وعلى أي حال فليس من شأن تطلب بيان "بدون احتجاج" عرقلة عمل النظام وتطوره لأن غالبية الأوراق التجارية عموماً تتضمن مثل هذا البيان^(١).

كذلك يعد شرط محل الدفع المختار clause de domiciliation أحد المحاور الرئيسية لنظام الكميالة المقترنة بكشف^(٢). ويعد هذا الشرط من أكثر الشروط إدراجاً في الكميالات العادية من الناحية العملية^(٣)، ومقتضاه بيان أن الوفاء بقيمة الكميالة يتم في محل شخص آخر غير المسحوب عليه عادة ما يكون بنك هذا الأخير^(٤). وقد أشارت إليه المادة ٣٨٢ من التقنين التجاري بنصها على أنه "يجوز أن تكون الكميالة مستحقة الوفاء في موطن شخص من الغير سواء في الجهة التي

P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit. p. 155.

Vasseur, op. cit. p. 26.

والغالب أن يكون ذكره مرة إرادة الساحب ولمصلحته. لكن يمدد أيضاً أن يقوم المسحوب عليه بنفسه بوضع بيان محل الوفاء المختار في الكميالة وقت تقديمها إليه للقبول.

^(٤) انظر حول شرط محل الدفع المختار:

J. REVEL, Le contrat de domiciliation des effets de commerce, JCP 1977, éd. CI, II, 12282.

بها موطن المسحوب عليه أو في أية جهة أخرى". ويجب أن يتضمن بيان محل الدفع المختار كافة العناصر اللازمة لتحديد الحالة البنكية للمسحوب عليه كالرمز الرئيسي للبنك وفرعه^(١) وكذلك رقم حساب المسحوب عليه.

وإذا كانت الأهمية الظاهرة لهذا الشرط تبدو في تحديد مكان الوفاء فإن العمل يشهد بتزايد فائدته لا سيما في الكمبيالات الورقية المقترنة بكشف باعتبارها من عمليات البنوك. وتفسير ذلك أن شرط محل الوفاء المختار يفيد في تحديد الشخص الذي سيتولى الدفع وكذلك السماح بالوفاء عن طريق الاستقطاع من حساب المسحوب عليه^(٢) ثم إجراء تحويل مصرفي إلى حساب الساحب في بنكه المختار.

هذا ولا يترتب على تخلف أحد البياتين السابقين بطلان الورقة ككمبيالة وإنما فقط عدم إمكانية خضوعها للمعالجة المعلوماتية، ومن ثم تنقلب إلى كمبيالة

^(١) ويمكن للساحب معرفة هذه العناصر ابتداء من خلال كشف الهوية البنكية الذي يرسله إليه المسحوب عليه. وحدير بالإشارة أنه قد رأى فيما سبق اعتبار هذا البيان أحد البيانات الإلزامية في الكمبيالة العادية طبقاً للقانون الفرنسي. لكن هذا كان يتطلب إجراء تعديل للقانون التجاري، وهو الأمر الذي تحفظ عليه البعض لمخالفته النصوص الصريحة لمعاهدة جنيف المتعلقة بالقانون الموحد للكمبيالة.

P. Letercq, Y. Gérard, op. cit, p. 155.

^(٢) ومن المقرر أن بنك المسحوب عليه يعد وكيلًا عن هذا الأخير الذي يعطيه الأمر بالدفع أو عدم الدفع. ومن ثم تنهض مسؤولية البنك في الحالة التي يدفع فيها قيمة الكمبيالة في الوقت الذي يتلقى فيه من عميله تعليمات بعدم دفعها. انظر في هذا المعنى:

GRUA, Les contrats bancaires, Economica, 1990, No 176.

وانظر أيضاً:

Cass. com. 8 Juin 1982; Bull. Civ. IV. No 221; RTD com. 1983, 93, obs. Cabrillac et Teyssié; cass. com. 25 Janvier 1955; Bull III, No 41; comp. Paris 7 Avril 1973; JCP 1973, II. 17555. 1re espèce, note Gavalda; Aix, 20 Janvier 1982; RJ com. 1984, 21 note Ph. Delebecque; RTD com. 1984, 304, obs. Cabrillac et Teyssié; Paris, 20 Juin 1985; RTD com. 1985, p. 787, obs. Cabrillac et Teyssié.

عادية قابلة للتداول^(١).

وفيما يتعلق ببيان تاريخ الاستحقاق فلقد أوضحت المادة ٤٢١، فقرة أولى، من التفتين التجاري طرق تعيين هذا التاريخ على نحو يمكن معه أن تكون الكمبيالة مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع، أو بعد مدة معينة من الإطلاع، أو بعد مدة معينة من تاريخ إصدارها، أو في تاريخ معين يحدده الساحب. والأصل أن ينطبق هذا النص على الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. ومع ذلك فإن متطلبات المعالجة المعلوماتية للأوراق التجارية قد قيدت من حرية الأطراف في تحديد ميعاد استحقاق الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف حيث يجري العمل على سحبها بمجرد الإطلاع أو في تاريخ محدد^(٢). وفي الحالة الأخيرة ذهب البعض^(٣) إلى أنه ليس لأطراف الكمبيالة المقترنة بكشف حرية تحديد اليوم الذي تستحق فيه قيمتها بل يجب الاختيار من بين أيام معينة على وجه الحصر^(٤). والسبب في ذلك من وجهة نظرهم يكمن في توفير النفقات حيث يتم تجميع أكبر عدد ممكن من الكمبيالات لإرسالها معاً على شريط ممغنط إلى كمبيوتر المقاصة^(٥).

Jean Devèze, Philippe Pétel, op. cit. p. 184.

(١)

(٢) أما سحب الكمبيالة لمدة معينة من تاريخ إصدارها فلا يعدو أن يكون طريقة للتعبير عن السحب ليرمى. وأما سحب الكمبيالة لمدة معينة من تاريخ الإطلاع فبالإضافة إلى ندرته في مجال التجارة الداخلية، فهو يفترض تقديم الكمبيالة للقبول وهو الأمر الذي لا يجده عملاً بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف.

Vasseur, op. cit. p. 27, Note (1).

Vasseur, op. cit. p. 27.

(٣)

(٤) هذه الأيام هي ٥، ١٠، ١٥، ٢٠، ٢٥ وكذلك نهاية الشهر.

(٥) على العكس يرى البعض الآخر أن هذا القيد قد احتفى في الوقت الحاضر حيث أن نظام interbancaire de télécopensation يؤدي وظيفته طوال أيام العمل وإذا وقع ميعاد الاستحقاق في غير أيام العمل، فهو يمتد لأول يوم يليه من أيام العمل.

J. Devèze, P. Pétel, op. cit. p. 184

٢ - الشكلية القانونية والشكلية المادية :

يتضح لنا إذن مما تقدم أن الشكلية القانونية في الكمبيوترات الورقية المقترنة بكشف أكثر منها في الكمبيوترات التقليدية. وآية ذلك ما رأيناه من زيادة عدد البيانات الإلزامية في الأولى عنها في الثانية.

لكنها ليست فقط الزيادة في الشكلية القانونية هي التي تميز الكمبيوترات المقترنة بكشف عن مثيلاتها التقليدية. وتفسير ذلك أنه باستثناء الدعامة الورقية التي ترتبط الكمبيوترات العادية بها وجوداً وعدماء، لا يستلزم القانون أي شكل مادي تتخذه هذه الكمبيوترات عند صدورها. على العكس فإن استخدام المعلوماتية في تنظيم الأوراق التجارية يتطلب شروطاً فنية معينة. فالكاتب اليدوية غير جائزة في مجال الكمبيوترات الورقية المقترنة بكشف، بل يجب تدوين بيانات الكمبيوترات بواسطة الآلة الكاتبة أو الكمبيوتر حتى يمكن قراءتها بوضوح وبالتالي يسهل على بنك الساحب نقلها على الشريط المغنط دون حدوث أي خطأ.

كذلك تتضح الشكلية المادية للكمبيوترات المقترنة بكشف فيما جرى عليه العمل المصرفي من إصدار نموذج مطبوع يجب على الساحب مراعاته عند تحرير الكمبيوترات^(١). ويقتصر استخدام هذا النموذج على الكمبيوترات التي يراد تحصيلها عبر كمبيوتر المقاصة، وبالتالي فلا يجوز استيفاء قيمة الكمبيوترات التقليدية بالطريق المعلوماتي أو الكمبيوترات المقترنة بكشف بالطريق التقليدي. فذلك من شأنه أن يؤدي إلى تعقد عمل البنوك ووقوعها في أخطاء، بل وقد يصل الأمر في بعض الأحيان إلى تقديم الكمبيوترات للوفاء مرتين إحداها بواسطة الكمبيوتر والأخرى في غرفة المقاصة. على أنه إذا سحبت كمبيوترات تقليدية على النموذج الخاص بالكمبيوترات المقترنة بكشف وقبل بنك الساحب تسلمها على هذا النحو، فإن بنك المسحوب عليه

^(١) وينص هذا النموذج عادة ١٩ حانة تشير في مجملها إلى البيانات الإلزامية وبعض البيانات الاختيارية للكمبيوترات.

لا يستطيع الاحتجاج بهذا السبب للامتناع عن الوفاء وإلا كان مسؤولاً في مواجهة
الحامل والمسحوب عليه باعتبار أن الأمر يتعلق بكمبيالة حقيقية وفقاً للقانون^(١).

٣ - تسليم الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف إلى البنك :

ومتى نشأت الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف صحيحة، فإنها تسلم مباشرة
إلى البنك. وهنا يثور التساؤل حول الصفة التي يتلقى بها هذا البنك الكمبيالة من
عميله، أي هل تتم عملية التسليم على سبيل الخصم *escompte*^(٢) أم التحصيل
encaissement.

والإجابة على التساؤل السابق إنما تعتمد على إرادة الأطراف ومدى إتجاهها
إلى الخصم أم التحصيل. وقد يبدو بديهياً القول بأن هذه الإرادة يستدل عليها
صراحة من نوع التظهير الذي يمكن وضعه على الكمبيالة قبل تسليمها إلى البنك
وما إذا كان تظهيراً ناقلاً للملكية أم تظهيراً توكلياً. بيد أنه قد يظهر العميل الورقة
للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية دون أن يكون القصد من ذلك خصمها وإنما مجرد
توكيل البنك في تحصيل قيمتها عند حلول أجلها^(٣). علاوة على ذلك فقد جرى
العمل المصرفي على إعطاء الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف إلى البنك مباشرة
دون أن تحمل أي بيان يدل على الخصم أو التحصيل، حيث روى في ذلك تسهلاً

(١) Vasseur, op. cit. p. 28.

(٢) انظر في خصم الأوراق التجارية: أ. د. مصطفى طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات
الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٣٥٢ وما بعدها، أ. د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٢٥ وما
بعدها، أ. د. علي البارودي وأ. د. فريد العريني، القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات البنوك)،
دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٤٢٤.

وانظر أيضاً في ذات المسألة:

J. - L. RIVES - LANGE, Les Problèmes juridiques Posés par l'operation
d'escompte, Paris, 1962 et J. - cl. dr. com., annexes, Banque et Bourse, Fasc.
35; Vasseur, le contrat d'escompte, nature et portée, Banque 1984. 1458; J. - cl.
GROSLIERE, L'escompte, art. Encyclopédie Dalloz, Dr. com.

(٣) أ. د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٦٤٠.

لعمل الكمبيوتر ^(١).

إزاء ما تقدم فإن إثبات إرادة الأطراف الدالة على الخصم أو التحصيل يتم عادة عن طريق اللوائح أو القوائم bordereaux المصاحبة لتسليم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى البنك. فإذا لم تتضمن تلك القوائم ما يفيد ذلك فإن البنك يعتبر وكأنه قد تلقى الكمبيالة على سبيل الخصم ^(٢).

ولا شك أن مركز البنك كخاصم يختلف عن مركزه كوكيل عن العميل. ومن الناحية العملية كثيراً ما يتم سحب الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف لإذن البنك ^(٣) حيث يقوم بخصمها ^(٤). والأصل في هذه الحالة أنه يجب ذكر اسم البنك الخاصم على الورقة كمستفيد. ومع ذلك يحدث أحياناً ألا يكون الساحب على يقين من قبول البنك خصم الورقة فيسلمه إياها دون استكمال بيان اسم المستفيد. فإذا قبل البنك إجراء الخصم قام بنفسه بتدوين البيان الناقص مصححاً بذلك الكمبيالة الباطلة

Vasseur, op. cit. p. 30.

(١)

VIVANT, Le STANC, RAPP, GUIBAL, Lamy droit de l'informatique, informatique-Télématique-Réseaux, LAMY S.A., 1992 p. 1300.

(٢)

^(٣) ويمكن للساحب أن يصدر الكمبيالة لإذن أو لأمر نفسه (مادة ٣٨١/تجاري) ثم يقوم بعد ذلك بتظهرها للبنك. بل وقد تسحب الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف لأمر مستفيد آخر غير البنك يقوم بتظهرها على يياض إلى هذا الأخير. هذا وقد قضت محكمة استئناف باريس في ١٩ مارس عام ١٩٧٤ بأنه "إذا كان البنك معيّناً في الورقة بصفته مستفيداً منها قام ذلك قرينة على أن العملية خصم، وقد تأيدت هذه القرينة بقيد الورقة في الحساب الجاري لصالح العميل وليس في حساب خاص للتحصيل ولو أن البنك لم يقتطع من المبلغ المقيّد سعر الخصم ولم يدونه في الجانب المدين للحساب ولكنه كان دائماً يسلك مسلك المالك" [المجلة الفصلية ١٩٧٤ ص ٣١٩ رقم (١٠)]. وانظر أيضاً في جواز اعتبار البنك مستفيداً في الورقة التجارية.

Cass. Com., 7 oct. 1963, Banque 1964, p. 253.

J. Devèze et P. Pétel, op. cit. P. 184.

(١)

بسبب تخلف أحد البيانات الإلزامية التي تطلبها المادة ٢٧٩ من التقنين التجاري^(١).

هذا ولا تثير الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف مشكلة عند سحبها على سبيل الخصم، إذ يقوم البنك بقيد مبلغها في الجانب الدائن للعميل الدافع. على أن هذا القيد ليس نهائياً، وإنما مؤقتاً بشرط الوفاء^(٢). وبالتالي إذا لم يتحقق هذا الشرط ولم تدفع الورقة قيدت قيمتها في الجانب المدين للعميل الدافع، وهذا هو القيد العكسي للوراق التجارية contrepasation.

ويترتب على خصم الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف ملكية البنك الخاصم لها، ومن ثم فهو يكتسب كافة الحقوق المصرفية المرتبطة بها. كذلك تنتقل إليه

(١) وقد قضى بأنه لا يجوز سد غياب بيان اسم المستفيد عن طريق وضع توقيعه على الكمبيالة. Cass. com. 15 décembre 1982, R.T.D. com. 1983, p. 258.

وحدير بالإشارة أنه يجوز الاحتجاج بهذا التصحيح في مواجهة المسحوب عليه طالما حدث قبل قبوله. بل ويجوز القضاء هذا الاحتجاج ولو حدث التصحيح بعد قبول المسحوب عليه طالما لم يحدث خطأ من جانب البنك.

انظر في صحة تصحيح الكمبيالة الباطلة بسبب تخلف اسم المستفيد:

Cass. Com. 7 fev. 1983, R.T.D. com., 1983, p. 580; cass. Com., 25 Mai 1988, Bull. Civ. IV, No 169; R.T.D. com., 1989, p. 655; cass. Com., 21 Juin 1988, D. 1988.1.R.198.

على العكس ففي حالة تخلف بيان تاريخ ومكان الانشاء فإن التصحيح يستلزم موافقة المسحوب عليه.

Cass. Com., 25 Mai 1988, Bull. Civ. IV, No 170; R.T.D. com., 1989, p. 655; cass. Com., 7 Oct. 1987, D. 1988, somm., p. 51; R.T.D. com., 1988, p. 94.

(٢) فقد قضى بأنه "مضى كان المدفوع في الحساب الجاري ديناً ثابتاً بورقة تجارية حررها العميل لصالح الجهة المفتوح لديها الحساب، فإن مجرد قيد قيمتها في الجانب الدائن من الحساب لا يمنع من مطالبة العميل بقيمتها في معاد الاستحقاق وليس له أن يحتج بدخول الورقة في الحساب الجاري وإنماجها فيه بحيث لا يجوز فصلها عنه والمطالبة بما على استقلال طالما إنه لم يوف بقيمتها بالفعل، إذ من تاريخ هذا الوفاء وحده يعتبر المدفوع قد دخل الحساب الجاري واتدمج فيه بغض النظر عن تاريخ قيده، إذ يعتبر القيد في هذه الحالة قيداً مؤقتاً بشرط الوفاء". الطعن رقم ٣٤٦ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/١٧ ص ٢٧ ص ١١١٨، وانظر أيضاً الطعن رقم ٢٨٨ سنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٩ ص ٢٧ ص ٤٠٨، د. أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص ٣٨٩ وما بعدها.

ملكية الدين الأصلي لمقابل الوفاء La provision ^(١) وكافة ملحقاته ^(٢). وتقريباً على ذلك لا يستطيع المسحوب عليه أن يحتج في مواجهة البنك بكافة الدفع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة الساحب ^(٣).

أما المشكلة فقد تنور بمناسبة تسليم الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف إلى البنك على سبيل التحصيل، لا سيما في الحالة الغالبة التي يرتبط فيها العميل مع البنك بعقد حساب جاري. في مثل هذه الحالة ليس ثمة ما يلزم البنك بقيد الكمبيالة في الجانب الدائن لحساب العميل، بل إنه يتقاضى القيام بذلك على اعتبار أن مثل هذا القيد قد ينهض قرينة على أن العملية هي في حقيقتها خصم ^(٤).

فعلى الرغم مما يحدث أحياناً من اتجاه الدافع إلى تسليم الكمبيالة إلى البنك للتحصيل، إلا أن قيد هذه الكمبيالة في الحساب إنما يعني تغييراً لראى الدافع وموافقته على نقل ملكية الكمبيالة إلى البنك الأمر الذي يستتبع تحول طبيعة عملية التسليم من التحصيل إلى الخصم.

وقد درجت البنوك على قيد قيمة الكمبيالة في الجانب المؤجل différencé من الحساب على أن يتم القيد في الجانب الحال disponible متى حصل البنك هذه القيمة، وإلا أجرى قيداً عكسياً مقابل القيد السابق. بيد أن القيد في الجانب المؤجل قد يشكل في ذاته خطراً حال تصفية الحساب، حيث أنه يزيد في الظاهر فقط من

^(١) ويعد ذلك تطبيقاً للمادة ٤٠٤، فقرة أولى، من التقنين التجاري والتي نص على أن "تنقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين".

انظر في تاريخ انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل:

Cass. Com. 4 Juin 1991, Bull. Civ., IV, No 208, p. 147.

^(٢) وتشمل هذه الملحقات، والتي تنتقل إلى البنك بقوة القانون، كافة التأمينات الشخصية والعينية التي تضمن الوفاء بالدين.

^(٣) Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire. 6e édition, Dalloz, p. 73.

^(٤) أ. د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق ص ٦٤٣.

الثقة في حساب العميل ^(١). لذا تبدو مصلحة البنك قائمة في عدم إجراء أي قيد في الحساب ما لم يتم تحصيل قيمة الكمبيالة.

وفي علاقته بالمسحوب عليه في الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف يعتبر البنك المحصل وكيلًا عن عميله الدافع، وبالتالي يجوز للمسحوب عليه الاحتجاج في مواجهته — أي البنك — بكافة الدفوع التي كان له التمسك بها تجاه العميل. لكن مثل هذا الاحتجاج يفترض بطبيعة الحال إطلاع المسحوب عليه على الكمبيالة لمعرفة صفة بنك الدافع كوكيل وهو الأمر الذي لا يتحقق بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. فهذه الأخيرة كما سنرى يحتفظ بها البنك لديه ولا يرى المسحوب عليه سوى الكشف الذي يرسله إليه بنكه متضمناً قائمة بالكمبيالات المطلوب الوفاء بقيمتها. صحيح أن للمسحوب عليه أن يبدأ بالاحتجاج في مواجهة بنك الدافع بالدفوع التي يملك التمسك بها تجاه الساحب، مفترضاً بذلك صفة البنك كوكيل وبالتالي تلقيه الكمبيالة من عميله على سبيل التحصيل. بيد أن بنك الساحب قد يرفع راية الدفاع عن عميله فيدفع مواجهة المسحوب عليه له استناداً إلى أن الكمبيالة قد سلمت إليه على سبيل الخصم ومن ثم ليس ثمة دفع يمكن توجيهه إليه. عندئذ فإنه المسحوب عليه هو الذي يقع عليه عبء إثبات العكس ^(٢).

ويلاحظ أنه في حالة إفلاس العميل الموكل، يجب على البنك أن يقوم بتسليم مبلغ الكمبيالة إلى سنديك التفليسة ^(٣).

والمسألة لا تثير قلق المسحوب عليه فحسب بل والساحب أيضاً. ذلك أنه إذا كانت الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قد سلمت إلى البنك على سبيل التحصيل،

^(١) Michel Vasseur et Xavier marin, Les comptes en banque, Tome I, 1966, No 236.

^(٢) Vasseur, op. cit. p. 31.

^(٣) Dekeuwer-Défossez, op. cit., p. 73.

فالأصل أنه يجوز للعميل الدافع، حال إفلاس البنك، استردادها من التفليسة^(١) حيث لا يتعلق بها حق جماعة الدائنين. ومع ذلك فقد لا يتضح من الكمبيالة ذاتها ما يفيد تسليمها إلى البنك على سبيل التوكيل ويدعى أمين التفليسة (السنديك) ملكية المفلس للكمبيالة مما مؤداه حرمان الدافع من حقه في استردادها. ولئن كان العميل الدافع في علاقته بالبنك يستطيع إثبات طبيعة عملية تسليم الكمبيالة من حيث كونها تحصيلًا وليس خصمًا، إلا أن الشك قد يثور في مدى إمكانية هذا الإثبات في مواجهة السنديك وهو ممثل جماعة الدائنين. فمن المسلم به أن هذه الجماعة تعتبر من الغير بالنسبة للمدين المفلس وهو ما يبرر حقها في عدم الإعتداد بالتصرفات السابقة على حكم شهر الإفلاس والتي لم تستوف إجراءات نفاذها في حق الغير قبل صدور هذا الحكم^(٢).

ومع تأكيده على أن المخاوف المتقدمة إنما هي ثمرة فروض ثانوية من الناحية العملية، يذهب العلامة Vasseur^(٣) إلى أن معالجتها يستلزم بيان قصد التوكيل بوضوح على الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، وذلك في الحالة التي يتم فيها تسليمها إلى البنك على سبيل التحصيل.

^(١) شريطة أن توجد هذه الكمبيالة بعينها تحت يد البنك المفلس وقت شهر إفلاسه، وألا يكون البنك قد قبض قيمتها بعد. (مادة ٦٢٨ من التقنين التجاري). ونطبقاً لذلك إذا كان البنك المفلس قد قبض قيمة الكمبيالة قبل شهر الإفلاس، فلا محل عندئذ لاستردادها، بل يدخل المالك في التفليسة بوصفه دائناً عادياً يخضع لقسمة الغرماء. (وعند البعض إذا أمكن فرز مبلغ الكمبيالة تحت يد المفلس، فلمالك الكمبيالة استردادها. أ.د. علي البارودي وأ.د. فريد العربي، المرجع السابق، ص ٣٤١). كذلك لا محل لاسترداد الكمبيالة إذا كانت قد سلمت إلى البنك المفلس لقيدها في حساب جار مفتوح بينه وبين المالك، حتى ولو وحدت الكمبيالة بعينها في التفليسة. ذلك أن الكمبيالة بمجرد إدراجها في الحساب تندمج فيه وتفقد ذاتيتها لتصبح مجرد بند من بنوده التي تعد كلاً لا يتجزأ. أ.د. مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٤٦١.

^(٢) أ.د. علي البارودي وأ.د. فريد العربي، المرجع السابق ص ١. د. محمد محمد عبد الله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٢٩٥.

^(٣) Vasseur, op. cit. p. 33.

المبحث الثاني

حياة الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

من المسلم به أن الكمبيالة التقليدية، شأنها شأن بقية الأوراق التجارية، قابلة للتداول بطريق التظهير^(١). وقد أكدت محكمة النقض المصرية، في ظل القانون التجاري القديم، على ضرورة قابلية الصك للتداول حتى يندرج في عداد الأوراق التجارية، فقضت بأن "أخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول، أي اشتغالها على شرط الإذن أو عبارة الأمر للمستفيد. ومن ثم فإن الصك الذي لا ينص فيه على هذا الشرط يفقد إحدى الخصائص الأساسية للأوراق التجارية، فيخرج عن نطاقها، ولا يمكن أن يندرج في إحدى صورها التي نظمها القانون"^(٢).

وجدير بالإشارة أن المشرع في القانون التجاري الحالي قد أوجب تحديد نوع الورقة المحررة عن طريق ذكر تسميتها "كمبيالة" بوضوح على الصك وبذات اللغة المستخدمة في كتابته. فورود هذه الكلمة صراحة على الورقة يعني أن

(١) من الملاحظ أنه على الرغم من قابلية الكمبيالة للتداول لمرات غير محدودة حتى حلول ميعاد الاستحقاق، فإن التظهير من الناحية العملية في تناقص. فالغالب أن تداول الكمبيالة يقتصر على خصمها لصالح أحد البنوك.

Michel Jeantin, Paul le Cannu, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz, 5^e édition, No 298, p. 189.

(٢) نقض مدني، الطعن رقم ٦٦٩ سنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ س ٢٦ ص ١٢٩٢، طعن رقم ٨٧٥ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٨ س ٢٨ ص ٥٨١، طعن رقم ١١٦ سنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٢٣، طعن رقم ٦٥ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ س ٢٨ ص ١١٦٨، طعن رقم ٩٠ سنة ٢٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠ س ١٧ ص ١٩٥، راجع د. أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف ٢٠٠٠ ص ١٧١ وما بعدها.

محررها قد أراد لها أن تتداول بطريق التظهير ولو فاتته ما جرت عليه العادة من كتابة شرط الإنز أو الأمر قبل اسم المستفيد.

ومع ذلك فقد تتضمن الورقة لفظ الكمبيالة دون أن تكون كذلك إذا نص الساحب فيها صراحة على عدم جواز تداولها بالتظهير كما لو كتب عليها "ليس للأمر" أو أية عبارة بهذا المعنى. وفي مثل هذه الحالة لا تتداول هذه الورقة إلا باتباع إجراءات حوالة الحق المدنية وما يترتب عليها من آثار.

٤ - أفول قابلية الكمبيالة للتداول : ^(١)

إذا كان ما تقدم هو الحال بالنسبة للكمبيالة التقليدية فالوضع يختلف فيما يتعلق بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. فمن حيث المبدأ ليس ثمة ما يحول دون انطباق قواعد قانون الصرف الخاصة بالتظهير على الكمبيالة المقترنة بكشف، ومع ذلك فمن الناحية العملية قلما تجد هذه القواعد محلاً للتطبيق. وينطبق هذا القول سواء قبل تسليم الكمبيالة إلى البنك أو بعد تسليمها إليه.

فالتظهير الناقل للملكية جائز تماماً أن يرد على الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قبل تسليمها إلى البنك، سواء أكان هذا التظهير بواسطة المستفيد فيها أو بواسطة حامل لاحق له لصالح البنك الخاص. وقد تظهر الكمبيالة على سبيل نقل الملكية إلى حامل يعهد إلى البنك بتحصيلها من خلال تظهير توكيلي. على أن تلك الحالات لا تعدو أن تكون استثنائية. فالأصل وفقاً لنظام الكمبيالة المقترنة بكشف كما ارتأى واضعوه أن تسلم الكمبيالة إلى البنك بواسطة الساحب نفسه لخصمها، فيتم سحبها لإنز البنك الخاص ذاته دون أن تتلقاها يد أي حامل في الوسط.

أما إذا أريد للبنك أن تقتصر مهمته على تحصيل الكمبيالة، فيكفي الساحب

^(١) انظر بشأن هذا الموضوع في الفقه الأمريكي:

A. J. Rosenthal, Negotiability—who needs it? Columbia Law Review 1971 p. 401; R.J. Mann, searching for negotiability in payment and credit systems, 44 University of California, Los Angeles Law Review 953 (1997).

ان يحررها لإذن نفسه ثم يظهرها للبنك تظهيرا توكلياً^(١). وقد يتسلم البنك الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف من عميله فيضطر إلى تظهارها إلى بنك آخر تظهيراً توكلياً. هذه الحالة، وإن كانت نادرة الحدوث عملاً الآن، تظهر فيما لو كان بنك العميل الدافع غير مزود بأجهزة كمبيوتر تربطه بكمبيوتر المقاصة. عندئذ يجب على مثل هذا البنك أن يتعامل من الباطن مع أحد البنوك الأخرى المرتبطة مباشرة بكمبيوتر المقاصة على نحو يظهر إليه الكمبيالة على سبيل التحصيل ليقوم البنك الأخير بنقل بيانات الورقة على شرائط مغنطة^(٢).

إذن فتظهير الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قبل تسليمها إلى البنك أمر، وإن كان جائزاً من الناحية النظرية، نادر عملاً. بيد أن التساؤل يظل مطروحاً حول التظهير اللاحق على التسليم وقبل أن تتم المعالجة الآلية للكمبيالة. فهل يمكن لهذه الأخيرة أن تكون محلاً للتظهير وهي بيد بنك الساحب أو الدافع؟

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التفرقة بين مركز البنك كوكيل عن الدافع ومركزه كخاصم. فإذا كان الحديث عن البنك الذي يتلقى الكمبيالة على سبيل التوكيل لأمكن القول بأن تظهير الكمبيالة لوكيل آخر يتولى قبض قيمتها أمر يبتعد عن الواقع العملي^(٣). أما قيام هذا البنك بتظهير الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية فقد حسمته المادة ٣٩٨، فقرة أولى، من التقنين التجاري عندما نصت على أن المظهر إليه تظهيراً توكلياً لا يجوز له تظهير الكمبيالة إلا على سبيل التوكيل. فكانها حظرت عليه أن يظهر الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية^(٤).

أما بالنسبة للبنك الخاصم للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف فتظهره لهذه الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية يثير مسألة إعادة الخصم.

(١) فيذكر عليها مثلاً "القيمة للتحصيل" أو "القيمة للقبض" أو "القيمة للاستيفاء" أو "القيمة بالوكالة".

(٢) Vasscur, op. cit. p. 39.

(٣) M. Jeantin, op. cit. p. 271.

(٤) ويتفق هذا الحكم مع ما نصت عليه المادة ١٨ من قانون جنيف الموحد.

أخيراً فالأصل أنه بعد تسليم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى البنك ومعالجتها آلياً بواسطته لا تظهير للكمبيالة باعتبار أن ذلك يتعارض مع الالتزام الذي يأخذه البنك على عاتقه ولو ضمناً بالاحتفاظ بالورقة لديه دون التعامل بها ^(١) .

٥ - آثار عدم تداول الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف على العلاقة بين البنوك وعملائها :

يبين إذن مما تقدم أن تجريد الكمبيالة العادية من طابعها المادي كان له أبلغ الأثر على إحدى الخصائص الجوهرية للأوراق التجارية عموماً وهي قابليتها للتداول. فقد بدت الورقة وهي تفقد تدريجياً مكانها التقليدي والجوهري في ميدان أدوات الوفاء والائتمان. وآية ذلك أن العديد من هذه الأدوات لا سيما الكمبيالة تتحرر في الوقت الحاضر من ارتباطها بالدعامة الورقية لتتعلق بدعامة أخرى ذات طبيعة ممغنطة. وهكذا أضحى تبادل البيانات الممغنطة هو المبدأ العام، ولم يعد التداول الورقي للكمبيالة إلا مجرد استثناء.

ولا شك أن عدم تداول الكمبيالة له آثاره على علاقات البنك بعملائه سواء أكانوا من الدافعين أو المسحوب عليهم.

٦ - أولاً: العلاقة بين البنك والدافع:

في بداية تطبيق نظام الكمبيالة المقترنة بكشف ^(٢) كان العميل يسلم إلى بنكه إما كمبيالات عادية تكون محلاً للتبادل الورقي في غرفة المقاصة، أو كمبيالات ورقية مقترنة بكشف يتم تبادلها عبر كمبيوتر المقاصة. ومع ذلك فقد تعدل الوضع عام ١٩٨٧ ليصبح من حق الحامل الذي يسلم إلى البنك كمبيالات عادية أن يطلب إما خضوعها لنظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف وبالتالي سلوكها الطريق المعلوماتي، أو استيفاء قيمتها بالطريق التقليدي تحت مظلة نظام الكمبيالة

^(١) Vasseur, op. cit., No 19; M. Vivant, C. le stanc, op. cit., No 2138, p. 1300.

^(٢) وكذلك السند الإذني الورقي المقترن بكشف.

المتداولة^(١).

وقد تسلم الكميالة العادية إلى البنك دون أية تعليمات من جانب العميل الدافع فيما يتعلق بشكل الإجراء الذي يتم به تحصيل قيمتها. في مثل هذه الحالة يعود اتخاذ القرار إلى البنك حيث يجوز له سلوك الطريق المعلوماتي في كل مرة تستجيب فيها الكميالة لمتطلباته^(٢). بيد أن اتباع هذا الإجراء هو مجرد رخصة يتحمل البنك تبعه استعمالها^(٣).

٧ _ موافقة الدافع على عدم تداول الكميالة :

والأصل أنه إذا سلم العميل الكميالة العادية إلى بنكه بغرض تحصيلها لحسابه عند حلول ميعاد الاستحقاق، وجب على البنك تنفيذ إرادة عميله بهمة وعناية^(٤). وتقوم مسئولية البنك إذا أهمل في تنفيذ المهمة الموكولة إليه وترتبت على ذلك ضرر للعميل^(٥). كما لو تأخر في تقديم الكميالة للوفاء أو في تحرير الاحتجاج^(٦) أو في إبلاغ العميل بعوارض الوفاء^(٧). ومع ذلك يعفى البنك من

^(١) جدير بالإشارة أن الأمر لا يتوقف على محض إرادة الدافع، وإنما يجوز للمسحوب عليه أن يفرض رايه أيضاً ويعلم دائنيه به مسبقاً كأن يرسل لهم مثلاً كشف الهوية الشكية الخاص به. أما البنك فلا يتعدى دوره تنفيذ الأوامر التي يتلقاها من عملائه.

^(٢) فيجب أن تتضمن الكميالة العادية عندئذ البيانات الإلزامية التقليدية علاوة على بيان "بدون نفقة" وبيان "عمل الوفاء المختار" للمسحوب عليه.

^(٣) P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit. p. 155.

^(٤) Richard Routier, responsabilité du banquier, L.G.D.J., 1997, p. 73.

^(٥) Douai 11 Décembre 1981. D. 1982, IR, p. 501, obs. Vasseur; cass. Com. 13 Mars 1990, J.C.P. éd. G. 1990. IV. p. 183; cass. com. 17 Janvier 1984, GP. 1984, 1, Pan. P. 130, note Piedelièvre.

^(٦) Com., 18 Octobre 1971. JCP 1972, II 17053, note J. VEZIAN; Paris, 19 Février 1987, D. 1987 IR 57.

^(٧) Com., 17 Mars 1975, Rev. trim. Dr. com. 1975, 876 obs. M. CABRILLAC et J-L. RIVES-LANGE; com., 1^{er} Janvier 1984, caz. Pal. 1984, 1 pan. 130, obs. PIEDELÈVRE.

المسئولية في حالة القوة القاهرة^(١). كما أن العمل يجري على اشتراط البنوك إعفاؤها من المسؤولية في بعض الحالات. وتعتبر هذه الشروط التعاقدية صحيحة^(٢)، ما لم يثبت غش البنك أو خطأه الجسيم^(٣).

وقد رأينا كيف أن البنك يمكنه سلوك طريق المعلوماتية لاستيفاء قيمة الكمبيالة التي تسلمها من عميله للحصول، طالما أن هذا الأخير قد التزم الصمت حيال كيفية إجراء التحصيل. وتثور عادة بهذه المناسبة مسؤولية البنك عما يلحق بعميله من أضرار نتيجة خيار المعلوماتية.

وتطبيقاً لذلك فقد قضى في فرنسا بأن تأخر البنك في تقديم الكمبيالة للوفاء عن ميعاد الاستحقاق يجعله مسؤولاً تجاه عميله (الساحب) الذي تضرر من هذا التأخير بسبب استمراره في تسليم البضاعة، وهو لم يكن ليفعل ذلك فيما لو تم إخطاره في الوقت المناسب بعجز مدينه المسحوب عليه عن الوفاء^(٤). على أن مسؤولية البنك عن تأخره في تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء لا تترتب بشكل مجرد بل يؤخذ في الإعتبار مهلة الاستحقاق المحددة والوقت الذي أودع فيه الساحب الكمبيالة لدى مصرفه، إضافة إلى المدة التي تستغرقها المعالجة الآلية للكمبيالة سواء لدى مصرف الساحب أو لدى كمبيوتر المقاصة. وترتيباً على ذلك يحدث أحياناً أن ينسب الخطأ إلى الساحب بتأخره في تسليم الكمبيالة إلى بنكه

Com., 12 Janvier 1979, Bull. Civ. IV, No 195.

(١)

Paris 9 Juillet 1980, Rev. jur. Com. 1981, p. 301, not Delebecque, banque 1981, 1452, obs. Martin; Trib. Com. Compiègne 2 Juillet 1982: Banque 1982, 1468, obs. Martin.

Cass. Com. 18 Octobre 1971, JCP, éd. G. 1972, II, 17053, obs. Vézian; Paris, 9 Juillet 1982, Rev. trim. Dr. com. 1983, P. 596.

Paris, 19 Mars 1987, Dalloz, IR. 1988, p. 49, obs. M. cabrillac.

(٢)

وانظر أيضاً:

Paris, 19 Mai 1995, Rev. dr. bancaire 1996, p. 25 obs. B. SOUSI-Roubi; com. 16 Janvier 1985, Lexi Laser cass. no 83-15-493 dans R. Routier, op. cit. p. 77 Note No 177.

لتحصيل قيمتها لا سيما إذا أصبح ميعاد الاستحقاق قريباً جداً، ويطلق على الكمبيالة في مثل هذه الحالة الكمبيالة المحروقة *effet brûlant* .

وفيما عدا الأضرار الناجمة عن أخطاء البنك لا يتحمل هذا الأخير المسؤولية عن أية أضرار أخرى تلحق بالساحب نتيجة استخدام المعلوماتية في تحصيل الكمبيالة ^(١) طالما أعطى - أي الساحب - موافقته على هذا الخيار الذي يفترض عدم تداول الكمبيالة كورقة تجارية. ولا يكفي للدلالة على تلك الموافقة ما أصدرته البنوك، قبل بدء تطبيق النظام، من إعلان عام لعملائها تضمن التوجهات الجديدة المأخوذ بها. كذلك لا تثبت بشكل قاطع موافقة الدافع على اتباع الإجراء المعلوماتي لتحصيل الكمبيالة من خلال تدوين بياني "بدون نفقة ومحل الوفاء المختار" عليها. فالواقع يشهد بأن بيان بدون نفقة يعد من أكثر البيانات الاختيارية تدويناً على الكمبيالات التقليدية. لذلك وفي حالة عدم ذكر بيان الكمبيالة المقترنة بكشف في صلب الورقة التي يحررها الساحب، تتجه بعض البنوك إلى إبلاغ عملائها في كل مرة تتسلم منهم الكمبيالة بمقتضى نموذج يتضمن الأخذ بنظام المعلوماتية لتحصيل مبلغ الكمبيالة ^(٢).

٨ - الآثار القانونية لعدم تداول الكمبيالة :

إذا كان عدم تداول الورقة يمثل أبرز الخصائص الجوهرية المميزة لنظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، فليس ثمة تعارض يذكر مع نصوص قانون الصرف الحالية من ناحية العلاقات التي تربط البنك بالدافع. فالكمبيالة قد تسلم للبنك على سبيل التحصيل أو نقل الملكية سواء ذكر اسم البنك في الحالة الأخيرة كمستفيد أو ظهرت إليه الورقة.

ولا شيء يمنع على الإطلاق، كما سوف نرى لاحقاً، من قبول الكمبيالة

^(١) كما لو استغرقت المعالجة الآلية للكمبيالة مدة طويلة.

^(٢) P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit., p. 156.

الورقية المقترنة بكشف أو ضمانها ضمناً احتياطياً. ومع ذلك فإن حسن أداء هذا النوع من الكمبيالات لوظيفتها يفترض عدم ورود هذين البيانيين فيها، أو على الأقل تسليمها إلى البنك خلال مدة مناسبة قبل الاستحقاق وهي تتضمنهما أو أحدهما.

هذا ويلاحظ، كما أشرنا من قبل، أن الكمبيالات التي تخضع للمعالجة الآلية وبالتالي يتوقف تداولها بعد تسليمها إلى البنك هي فقط تلك التي تنشأ "بدون نفقة" أو "بدون احتجاج". أما الكمبيالات القابلة للاحتجاج فيجوز تداولها دون عائق. وتفرعاً على ذلك يجوز مباشرة الرجوع المصرفي عند الامتناع عن الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف بمعزل عن تحرير الاحتجاج باعتبار أن إدراج شرط "بدون احتجاج" في الكمبيالة يضمن لحامل هذه الأخيرة إنتاج نفس الآثار الصرفية كما لو كانت الكمبيالة قد حرر عنها احتجاج. وفي كل الأحوال يجوز للدافع، رغم تضمن الكمبيالة شرط بدون نفقة، تحرير الاحتجاج لعدم الوفاء كوسيلة للضغط على مدينة الممتنع عن الوفاء. فما من شك أن تحرير الاحتجاج في موطن المسحوب عليه، لا سيما إذا كان تاجراً، من شأنه التشهير بسمعته وائتمانه وهو ما يؤكد الأثر التهديدي للاحتجاج الذي يسعى إليه المشرع^(١).

أخيراً وفي حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة الكمبيالة، يجوز للدافع طلب استرداد هذه الأخيرة من البنك. بيد أنه كلما تكون للدافع مصلحة حقيقية في هذا الاسترداد ما لم تكن الكمبيالة مقبولة من جانب المسحوب عليه، حيث يمكن استخدام هذا القبول في رفع دعوى صرفية على المسحوب عليه.

^(١) تجدر الإشارة إلى أن اللجوء إلى إجراء البروتستو آخذ في الانخفاض بفرنسا حيث أن أقل من ١% من الكمبيالات غير المدفوعة جرى تحرير الاحتجاج عنها.

P. Leclercq, Y. Gérard, op. cit., p. 156.

٩ - ثانيا : العلاقة بين المسحوب عليه والبنك :

الأصل أنه يحق للمسحوب عليه استرداد الكمبيالة من الحامل ما دام قد أوفى له بكل قيمتها، ذلك أن قيام المسحوب عليه بالوفاء دون طلب تسليمه الكمبيالة يعرضه لخطر الوفاء بقيمتها مرة ثانية إذا انتقلت فيما بعد إلى حامل حسن النية. على أن استلام المسحوب عليه للكمبيالة بعد الوفاء بقيمتها لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة^(١) على هذا الوفاء يستطيع الحامل إثبات عكسها. لذا جرت العادة عند الاستلام على أن يحصل المسحوب عليه من الحامل على تأشير يوقع عليه هذا الأخير باستيفاء قيمتها. وقد أكد المشرع على ذلك عندما نص في المادة ١/٤٢٧ من التفتين التجاري على أنه "إذا أوفى المسحوب عليه الكمبيالة جاز له استردادها من حاملها موقعا عليها بما يفيد الوفاء".

أما في ظل نظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف فالوضع يختلف. فحجر الزاوية في هذا النظام هو عدم تداول الكمبيالة بل احتفاظ بنك الدافع بها وبالتالي فلا يلتزم بردها إلى المسحوب عليه. صحيح أن هذا الأخير يملك تعليق وفاته بالكمبيالة على تسليمه إياها، لكن الأمر، كما يبدو من ظاهر نص ١/٤٢٧ السابقة، يتعلق برخصة بسيطة يمكن للمسحوب عليه التنازل عنها بقبوله الدخول في النظام المعلوماتي لاستيفاء الأوراق التجارية.

هذا وكانت البنوك المختارة كمحل للوفاء قد أجرت استعلاماً من عملاتها المسحوب عليهم قبل بدء تطبيق النظام حول مبدأ التخلي عما جرى عليه العمل من رد الكمبيالة ذاتها إلى المدين الصرفي بعد الوفاء بقيمتها. بيد أنه روى من الضروري استكمال هذا الاستعلام بموافقة المسحوب عليه صراحة على التنازل عن حقه في تسلم الكمبيالة لحظة الوفاء^(٢). وتأتي هذه الموافقة صراحة من خلال

(١) انظر:

Cass. com. 22 Juin 1983; RTD com. 1984, p. 305, obs. cabrillac et Teyssié; cass. Com. 6 Mai 1991; D. 1992, somm. Com. 339, obs. Cabrillac.
P. leclercq, Y. Gérard, op. cit., p. 156.

(٢)

إنّ الدفع الذى يرسله المسحوب عليه إلى بنكه رداً على الكشف الذى يتلقاه من هذا الأخير.

ولا شك أن مبدأ عدم تداول الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف يثير مشكلة إثبات الوفاء. فهل يترتب على رضاء المسحوب عليه عدم استلام الكمبيالة ذاتها بعد الوفاء بقيمتها حرمانه من أي وسيلة لإثبات براءة ذمته من الدين الصرفي وبالتالي إمكانية تعرضه لخطر الوفاء به مرة ثانية؟ الإجابة بالطبع تأتي بالنفي. فإذا كان استخدام المعلوماتية في مجال تنظيم الأوراق التجارية له مميزاته الجوهرية، إلا أنه ينبغي بالتأكيد عدم إضراره بأي من أطراف هذه الأوراق. لذلك يجري العمل على إثبات الوفاء بقيمة الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف عن طريق وسيلة مزدوجة تجمع بين الكشف الذي يحتفظ المسحوب عليه بجزئه الأيسر قبل أن يعيد جزئه الأيمن إلى البنك، ومستخرج حساب المسحوب عليه الصادر من بنكه.

أما بالنسبة لاحتمال تعرض المسحوب عليه للوفاء بقيمة الكمبيالة مرتين فهو أمر كما سنرى غير متصور على الأقل من الناحية النظرية. فأحد دعائم نظام الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف هو تعهد البنك ضمناً بالاحتفاظ بالكمبيالة ذاتها لديه وعدم خروجها من تحت حوزته ريثما يطلبها الساحب (أو الدافع) عند الامتناع عن الوفاء. ويلتزم الدافع بحفظ الكمبيالة لديه طيلة مدة سبع سنوات وهي مدة تقادم التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية⁽¹⁾.

ويرد التزام بنك الدافع بالحفظ على الكمبيالة بحالتها كورقة تجارية. بيد أن ذلك من شأنه زيادة عدد الكمبيالات المحفوظة لديه بشكل مفرط، لذا فقد يبدو ملائماً أن يتدخل المشرع بتعديل يسمح بحفظ تلك الكمبيالات في شكل micro-films أو micro-fiches.

(1) المادة ٦٨ من التفتين التجاري.

المبحث الثالث

الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

١٠ - تمهيد وتقسيم

من المسلم به أن النظام القانوني للكمبيالة العادية يتأثر بالوظيفة التي تؤديها في الحياة الاقتصادية، فهذه الكمبيالة إلى جانب وظيفتها الاقتصادية كأداة للوفاء، تعد أداة هامة للانتماء. لذا فهي تتضمن عادة أجلاً للاستحقاق. هذا التأجيل في الوفاء يستلزم بلا شك تقديم بعض الضمانات إلى حامل الكمبيالة على نحو يجعله مطمئناً إلى الحصول على قيمتها في ميعاد الاستحقاق.

كذلك فإن الوفاء بقيمة الكمبيالة كورقة تجارية يتم وفقاً لقواعد خاصة خرج بها المشرع التجاري على القواعد العامة في الوفاء، وذلك دعماً للثقة والانتماء في الكمبيالة بوصفها أداة رئيسية وفعالة لتسوية الديون التجارية.

إزاء ما تقدم فإن البحث يدور حول مدى تأثير المعلوماتية على قواعد قانون الصرف سواء تلك المتعلقة بتقديم ضمانات الوفاء بالكمبيالة أو المتعلقة بالوفاء بقيمتها. هذا ما سنلقي عليه الضوء من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في أولهما ضمانات الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف، وفي ثانيهما أحكام الوفاء بها.

المطلب الأول

ضمانات الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

لما كان الانتماء يرتبط وطبيعة الكمبيالة العادية كورقة تجارية، فقد كان منطقياً أن يتضمن قانون الصرف ما يدعم هذا الانتماء عن طريق إحاطة حامل

بضمانات عديدة تكفي لطمأنته إلى استيفاء قيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاقها، وتشجعه أيضاً على قبول التعامل بها كوسيلة للحصول على ديونه التجارية.

١١ - التضامن المصرفي ومقابل الوفاء:

هذا ويأتي في مقدمة الضمانات التي قدمها المشرع لحامل الكمبيالة العادية بهدف حماية حقه في استيفاء قيمتها التضامن المصرفي الذي يجمع كافة الموقعين عليها. إذ كلما تداولت الكمبيالة وكانت محلاً للتظهير دخل المظهر في زمرة الموقعين المسؤولين على وجه التضامن قبل الحامل الأخير عن الوفاء بقيمتها فيما لو عجز المدين الأصلي عن ذلك ^(١). هذا الضمان تقل أهميته بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف. فعلى الرغم من قابلية هذا النوع من الكمبيالات للتداول بوصفها ورقة تجارية، إلا أن فلسفة النظام الذي تخضع له تقتضي كما رأينا عدم تداولها وإنما احتفاظ بنك الدافع بها لديه. لذا يمكن القول أن اللجوء إلى المعلوماتية في استيفاء قيمة الكمبيالة وما يستتبعه من نتائج مفيدة يعتبر بمثابة تنازل ضمني عن بعض الضمانات التي من شأنها تدعيم الائتمان في الكمبيالة لا سيما التضامن المصرفي بين الموقعين عليها.

وإلى جانب التضامن المصرفي يندرج ضمن الضمانات المقررة لحامل الكمبيالة دين الساحب لدى المسحوب عليه الناشئ عن العلاقة القانونية الأصلية التي تربط بينهما، والمسمى اصطلاحاً "مقابل الوفاء". فانشغال ذمة المسحوب عليه بهذا الدين فعلاً أو مستقبلاً هو الذي يسمح للساحب بأن يوجه إليه من خلال الكمبيالة أمراً بدفع قيمتها لمصلحة المستفيد. لذا ارتأى القانون نقل ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل حيث نصت المادة ٤٠٤، فقرة أولى، من التقنين التجاري على أن "تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين". وعلى عكس التضامن المصرفي يظل لمقابل الوفاء أهميته بالنسبة للكمبيالة الورقية المقترنة

M. Jeantin P. le cannu, op. cit., p. 157.

(١)

بكشف خصوصاً وأن هذه الأخيرة تحرر عادة بواسطة الساحب لأن بنكه الخاصم، فتنتقل بالتالي ملكية مقابل الوفاء إلى البنك الحامل^(١). ومما يزيد من أهمية مقابل الوفاء كضمانة لهذا البنك أن الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف قلماً تكون، كما سنرى، محلاً للقبول من جانب المسحوب عليه، الأمر الذي يجعل هذا الأخير غير ملزم صرفياً تجاه البنك الخاصم وإنما فقط مدين له — أي للبنك — بمقابل الوفاء الذي أصبح مالكا له.

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاء أن حق الحامل على مقابل الوفاء قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة لا يعدو أن يكون حقاً احتمالياً^(٢) أو شرطياً، أي معلقاً على شرط وجود دين للساحب في ذمة المسحوب عليه في هذا الميعاد. وهذا الحق الاحتمالي لا يبلغ من القوة ما يجعله يقضي على حق الساحب في استرداد مقابل الوفاء من المسحوب عليه والتصرف فيه. ومع ذلك يتأكد الحق الاحتمالي للحامل على مقابل الوفاء قبل ميعاد الاستحقاق إما بقبول المسحوب عليه الكمبيالة، أو بإخطار من جانب الحامل إلى المسحوب عليه بالاحتفاظ بالمبالغ اللازمة للوفاء بقيمة الكمبيالة، أو أخيراً باتفاقه — أي الحامل — مع الساحب على تخصيص مقابل الوفاء، أي تخصيص دين معين للساحب في ذمة المسحوب عليه للوفاء بالكمبيالة^(٣). فإذا لم يكن ثمة قبول للكمبيالة أو إخطار أو تخصيص على الوجه

(١) R. Jacqueline, La lettre de change relevé, Banque, Ng spécial-Mars 1972, p.16.

(٢) د. ادوار عيد، الاستناد في الأوراق التجارية، ص ٣٢٧، د. سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

(٣) ولا مانع في هذه الحالة من أن يرد هذا التخصيص في ورقة مستقلة عن الكمبيالة دون أن يتعارض ذلك مع مبدأ الكفاية الذاتية باعتبار أن تخصيص مقابل الوفاء أمر خارج عن الكمبيالة. والأصل أنه يكفي إبلاغ المسحوب عليه بهذا التخصيص ليتأكد بذلك حق الحامل على مقابل الوفاء الموجود في ذمة. لكن إذا كان بين الساحب والمسحوب عليه حساب جارٍ، فيجب عندئذ موافقة المسحوب عليه الصريحة أو الضمنية لإخراج أحد الديون من هذا الحساب وتخصيصه للوفاء بالكمبيالة، لأن ذلك يخالف اتفاق الحساب الجاري المبرم بين الطرفين.

المتقدم ذكره، فقط حلول ميعاد الاستحقاق هو الذي يجعل حق الحامل على مقابل الوفاء محتملاً أو مؤكداً.

١٢- القبول والضمان الاحتياطي:

ورغم أهمية الضمانات السابقة للوفاء بالكبيالة العادية يظل قبول المسحوب عليه والضمان الاحتياطي من أكثر الضمانات فاعلية وسعياً للحصول عليها من جانب الحامل. فالأصل أن ينتظر هذا الأخير حلول ميعاد الاستحقاق حتى يتقدم بالكبيالة إلى المسحوب عليه طالباً الوفاء بقيمتها. ومع ذلك فقد يساور الحامل الشك في وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، وبالتالي امتثال هذا الأخير لأمر الساحب بالوفاء بالكبيالة عند الاستحقاق. لهذا فقد أراد المشرع أن يزيل هذا الشك من نفس الحامل، فأجاز له تقديم الكبيالة إلى المسحوب عليه للقبول قبل الاستحقاق. فإذا وضع المسحوب عليه توقيعاً بالقبول على الكبيالة، أصبح هو المدين الأصلي فيها وملزماً صرفياً بدفع قيمتها الأمر الذي يجد فيه الحامل ضماناً قوياً يطمئنه إلى استيفاء حقه الصرفي.

وفي ذلك تنص المادة ٤١٦ من التقنين التجاري على أنه "إذا قبل المسحوب عليه الكبيالة صار ملزماً بوفاء قيمتها في ميعاد استحقاقها. وفي حالة عدم الوفاء يكون للحامل ولو كان هو الساحب نفسه مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الكبيالة بكل ما تجوز المطالبة به بموجب المادتين ٤٤٤ و٤٤٥".

أيضاً فقد يجد الحامل عدم كفاية الضمانات القانونية في ظل ظروف الكبيالة التي يحوزها، فيطالب الساحب أو أحد الموقعين على الكبيالة بإضافة ضمان خاص للوفاء بها. وغالباً ما يتخذ هذا الضمان شكل الكفالة والتي يطلق عليها اسم "الضمان الاحتياطي".

ومن الناحية النظرية فإن نظام الكبيالة المقترنة بكشف لا يحظر مطلقاً أن

تكون هذه الأخيرة محلاً لأي من القبول أو الضمان الاحتياطي. لكن الواقع العملي يشهد بغير ذلك. فمثل هذه العمليات القانونية تخالف فلسفة الكمبيالة المقترنة بكشف بوصفها — العمليات — تستلزم الاستخدام اليدوي للورقة مما لا يتلاءم مع مطلب الاقتصاد في الوقت والنفقات روح المعلوماتية المصرفية^(١). وعلاوة على هذا السبب ذى الطابع الفني فإن ثمة سبب نفسي يتعلق بالقبول وهو أن العديد من المؤسسات التجارية الضخمة تتبع سياسة منهجية في رفض القبول بدافع عدم الرغبة في الخضوع لقواعد قانون الصرف القاسية^(٢). وكما يرى العلامة Vasseur فإن النموذج الأمثل للكمبيالة المقترنة بكشف هي تلك التي تخلو من القبول أو الضمان الاحتياطي أو التظهير^(٣).

أياً ما كان الأمر فبالنظر إلى جواز تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للقبول^(٤) تحتوي النماذج الصادرة لتلك الكمبيالة عادة على خانة صغيرة لهذا الغرض. وعليه إذا ما سلمت الكمبيالة إلى البنك مدوناً عليها الرمز المعلوماتي *le codage informatique* للقبول، صار لزاماً على البنك تقديمها للقبول. ولا يلجأ الساحب إلى تدوين بيان طلب القبول على الكمبيالة إلا إذا أراد أن يطمئن إلى موقف المسحوب عليه منها ومدى اتجاه نيته إلى الوفاء بها عند الاستحقاق.

وتقتضي القواعد العامة في قانون الصرف بأنه إذا لم يَمَّ الحامل بتقديم الكمبيالة للقبول تنفيذاً لرغبة الساحب المبينة في شرط القبول، فإنه يعد حاملاً مهملاً

J. Devère, op. cit., p. 185

(١) انظر في هذا المعنى:

M. Chanteux-Bui, le refus d'accepter une lettre de change, RTD com. 1978 p. 707.

Vasseur, op. cit.

(٣)

p. 34.

(٤) انظر في هذا المعنى:

Cass. Com. 30 Juin 1998: D. 1999, somm. 150, obs. Cabrillac; Bull. Civ. IV, No 212; D. Affaires 1998. 1448, obs.X.D.; Gaz. Pal. 20-24 Août 1999, p. 14, obs. Guével.

وبالتالي يسقط حقه في مباشرة الرجوع الصرفي^(١) إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق^(٢).

هذا وقد تقدم الكمبيالة المقترنة بكشف للقبول إما بواسطة الساحب نفسه أو بواسطة بنكه الذي سلمه إياها. ولا تنثير الحالة الأولى رغم ندرتها أية مشكلة، إذ يسعى الساحب إلى الحصول على قبول المسحوب عليه على الكمبيالة قبل أن يسلمها إلى البنك. لكن قد يتسلم البنك الكمبيالة دون أن تكون محلاً لقبول المسحوب عليه. والأصل في هذه الحالة أن ينهض البنك فوراً لأداء مهمته في استيفاء قيمة الكمبيالة عن طريق استخدام المعلوماتية. ومع ذلك فقد تسلم الكمبيالة إلى البنك على سبيل التحصيل في الوقت الذي تكون فيه تعليمات الساحب إليه قد تضمنت تكليفه بالحصول على قبول المسحوب عليه قبل بدء المعالجة الآلية للكمبيالة. ولا شك أن تقديم الكمبيالة للقبول في أي من هاتين الحالتين من شأنه أن يقلل من فعالية نظام الكمبيالة المقترنة بكشف لما يؤدي إليه ذلك من الاستخدام اليدوي للورقة وطول في الوقت^(٣).

وتفسير ذلك أنه متى قدمت الكمبيالة المقترنة بكشف إلى المسحوب عليه،

(١) وجدير بالإشارة أن الحامل المهمل لا يسقط حقه في الرجوع على الساحب ما لم يكن هذا الأخير قد أوجد مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق. وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا الرجوع على المسحوب عليه. (مادة ٢/٤٤٧ تجاري).

(٢) المادة ٣/٤٤٧ من التقنين التجاري.

(٣) وقد يبدو لأول وهلة إمكانية الاستفادة من نص المادة ٤٥٩، فقرة أولى، من التقنين التجاري والتي تجيز سحب الكمبيالة من نسخ متعددة يطابق بعضها بعضاً. وعليه يمكن سحب الكمبيالة المقترنة بكشف من نسختين ترسل إحداها للقبول في حين يحتفظ البنك بالنسخة الأخرى لديه. بيد أن هذه العملية بدون فائدة عملية حيث سيتوجب على البنك حينئذ انتظار الكمبيالة المرسلة للقبول قبل أن يبدأ في عملية التحصيل المعلوماتي لقيمتها.

فإن له أن يقبلها أو يرفض قبولها على الفور. لكن الغالب عملاً أن يحتاج المسحوب عليه بعض الوقت قبل إصدار قراره بالقبول أو الرفض حتى يستطيع مراجعة دفاتره التجارية وحساباته مع الساحب ليتأكد من وجود مقابل الوفاء لديه في ميعاد الاستحقاق. لذلك فقد منحه القانون الحق في طاب عرض الكمبيالة عليه مرة ثانية في اليوم التالي للعرض الأول. فنصت المادة ٤١٢، فقرة أولى، من التقنين التجاري^(١) على أنه "يجوز للمسحوب عليه أن يطلب تقديم الكمبيالة للقبول مرة ثانية في اليوم التالي للتقديم الأول. ولا يقبل من ذوي المصلحة الإدعاء بأن هذا الطلب قد رفض إلا إذا ذكر في الاحتجاج". وتفادياً لأية أخطار يمكن أن تنجم من تسليم الكمبيالة للمسحوب عليه فقد نص المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة السابقة على أنه "لا يلزم حامل الكمبيالة المقدمة للقبول بالتخلي عنها للمسحوب عليه".

يبين إذن مما تقدم أن عملية تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للقبول والحصول عليه قد تستغرق وقتاً. وهذا ما دعا البنوك لرفض الموافقة على التقديم لحساب عملائها ما لم يكن ميعاد استحقاق الكمبيالة محل التقديم للقبول بعيداً^(٢).

وباعتباره تصرفاً قانونياً يعبر من خلاله المسحوب عليه عن إرادته التعهد صرفياً بالوفاء بالكمبيالة، يخضع القبول سواء تعلق الأمر بالكمبيالة العادية أو المقترنة بكشف لذات الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في الالتزام الصرفي من أهلية ورضاء ومحل وسبب. علاوة على ذلك فإن القبول شأنه شأن سائر الالتزامات الصرفية شكلاً معيناً يتمثل في الكتابة. وقد أجاز المشرع مجرد توقيع المسحوب عليه واعتبره بمثابة قبول دون حاجة لاقتترانه بأي بيان آخر^(٣).

(١) المادة ٢٤ من قانون حنيف الموحد.

(٢) J. Devère, op. cit. p. 185.

(٣) المادة ٤١٣ من التقنين التجاري.

ولكن شريطة أن يكون التوقيع على وجه الكمبيالة تطبيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية^(١).

ويثير القبول من هذه الناحية مشكلة أخرى إذا ما ورد على الكمبيالة المقترنة بكشف. فتوقيع المسحوب عليه على هذه الأخيرة يجعله ملتزماً صرفياً بها بحيث لا تبرأ ذمته ما لم يكن وفاؤه قد تم بناء على النسخة التي تحمل توقيععه. وفي ذلك تنص المادة ٤٦٠، فقرة أولى من التقنين التجاري، على أنه "..... ومع ذلك يبقى المسحوب عليه ملتزماً بالوفاء بمقتضى كل نسخة وقع عليها بالقبول ولم يستردها". وبالتالي فإن المسحوب عليه عادة ما تكون لديه الرغبة في استرداد الكمبيالة المقبولة بعد الوفاء بقيمتها وهو ما يتعارض مع أحد دعائم نظام الكمبيالة المقترنة بكشف والمتمثل في احتفاظ بنك الساحب بالكمبيالة ذاتها لديه. وبطبيعة الحال فإن الحل عندئذ لا يخلو من أحد أمرين إما عدم دخول المسحوب عليه القابل في نظام الكمبيالات المقترنة بكشف أو الضغط على الساحبين بهدف عدم تقديم هذه الكمبيالات للقبول، وهذا هو الغالب عملاً^(٢).

والأصل طبقاً للقواعد العامة أنه إذا قدمت الكمبيالة العادية إلى المسحوب عليه للوفاء، فإن مصلحة هذا الأخير تقتضي منه التحقق بداءة من بيان القبول عليها حيث لا تبرأ ذمته من الدين الصرفي الملزم بأدائه، كما أشرنا من قبل، إلا إذا كان وفاؤه قد تم بناء على النسخة المقبولة. وإذا كانت الكمبيالة تتضمن تعييناً لبنك المسحوب عليه كمحل مختار للوفاء^(٣)، صار واجب التحقق من بيان القبول على عاتق هذا البنك عند الوفاء. هذا الوضع سيتغير حتماً فيما لو ورد القبول على

(١) أما القبول على ورقة مستقلة فكما هو معروف لا يمكن اعتباره قبولاً في مفهوم قانون الصرف. بيد أن هذا لا يعني أنه باطل، فهو ينتج آثاراً قانونية طبقاً للقواعد العامة للالتزامات بحث يعتبر تعهداً بالوفاء يترتب على عدم تنفيذه مسؤولية المسحوب عليه عن التعويض.

(٢) Vasscur, op. cit., p. 35.

(٣) وهنا ما يجيزه المادة ٣٨٢ من التقنين التجاري بصحها على أنه "يجوز أن تكون الكمبيالة مستحقة الوفاء في موطن شخص من الغير سواء في الجهة التي بها موطن المسحوب عليه أو في أية جهة أخرى".

الكمبيالة المقترنة بكشف. فمن المسلم به طبقاً لنظام هذه الكمبيالة أنها لا تصل بذاتها عند الوفاء إلى يد المسحوب عليه، بل فقط يرسل إليه بواسطة بنكه كشفاً بالكمبيالات المسحوبة عليه ليعطي الإذن بدفع ما يوافق عليه منها. لذا فالأمر يتطلب من المسحوب عليه توخي الدقة والحذر في الكمبيالات موضوع الإذن بالدفع وما إذا كان الكشف يتضمن قبولها من عدمه، وذلك حتى لا يتعرض لخطر الوفاء بالكمبيالة مرتين.

ومما لا شك فيه أن بنك المسحوب عليه مسئول عن سلامة نقل كافة البيانات المدرجة في الدعامة المغنطة التي يتلقاها من كمبيوتر المقاصة إلى الكشف الذي يرسله بدوره إلى عميله. ومن ثم فهو يتحمل جزءاً من المسؤولية فيما لو أهمل مثلاً الإشارة إلى بيان القبول في الكشف رغم تدوينه في الدعامة المغنطة التي وصلته من كمبيوتر المقاصة. ويشارك البنك المسؤولية عميله المسحوب عليه إذا ما رفض الإذن بالوفاء، وذلك لإخلاله بالالتزام بالمراجعة والفحص^(١).

وإذا كان ما سبق يتعلق بالقبول، فإن الضمان الاحتياطي في الكمبيالة المقترنة بكشف غير مستبعد أيضاً من الناحية النظرية. وآية ذلك تخصيص خاتمة له على وجه النموذج الصادر لهذا النوع من الكمبيالات. غاية الأمر أن أهميته من الناحية العملية قد تضاعلت في الكمبيالة المقترنة بكشف عنها في الكمبيالة العادية. فتفسيراً لتداول هذه الأخيرة وغيرها من الأوراق التجارية، يذيع في العمل استخدام الكفالة المصرفية (الضمان الاحتياطي). لذا قلما توجد في الواقع كمبيالات مسحوبة على إحدى الشركات دون أن تكون مضمونة من جانب مديرها^(٢). والغالب أن يكون الضامن الاحتياطي بنكاً أو قريباً أو أي شخص معروف باليسار.

Vasseur, op. cit., p. 36.

H. Sinay. La situation juridique du donneur d'aval, RTD com. 1953, p. 17; ^(٣) Montout Roussy, la situation juridique ambiguë du donneur d'aval, D. 1974, chron. P. 197.

أما بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف فحيث يغيب تداولها تقتصر الاستفادة من الضمان الاحتياطي عملاً على الساحب وكذلك المسحوب عليه القابل باعتباره المدين الأصلي في الكمبيالة وأول شخص يطالبه الحامل بالوفاء عند ميعاد الاستحقاق. فالساحب على سبيل المثال قد يحرر الكمبيالة لإذن نفسه ثم يحتاج إلى ضمان إلتزامه الصرفي عند تظهيرها إلى البنك مثلاً لا سيما في الحالة التي تكون فيها هذه الكمبيالة غير مقبولة.

أياً ما كان الأمر فإن التساؤل يفرض نفسه في هذا المقام حول أثر الاعتراف بصحة الكتابة الإلكترونية^(١) في مجال الأوراق التجارية بشكلها التقليدي. والمسألة تتعلق على وجه الخصوص بالضمان الاحتياطي حيث خرج المشرع التجاري في بعض الدول^(٢) عن مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية، فلم يستوجب كتابة هذا الضمان على الكمبيالة ذاتها أو على الوصلة المرفقة بها^(٣) وإنما سمح

^(١) انظر على سبيل المثال تعديل قانون الإثبات الفرنسي الذي أقر الكتابة والتوقيع الإلكتروني:

L. No 2000-230, 13 Mars 2000, portant adaption du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique: JO 14 Mars 2000, p. 3968.

راجع موقع وزارة العدل الفرنسية على شبكة الانترنت

www.justice.gouv.fr

وانظر أيضاً حول هذا التعديل:

P. Nataf et J. Lightburn, la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information: JCPE 2000, p. 836. Pierre-Yves Gautier et X. Linant de Bellefonds, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP éd. G. No 24-14 Juin 2000, p. 1113; Thierry PIETTE – COUDOL, La signature électronique, Éditions Litec, 2001.

^(٢) كفرنسا ولبنان.

^(٣) انظر المادة 21 - 511 Art. L. من التفتين التجاري الفرنسي والمادة ٣٤٦، فقرة أولى، من التفتين التجاري اللبناني. عكس ذلك المشرع المصري الذي يشترط في الضمان الاحتياطي أن يكون على الكمبيالة ذاتها أو على وصلة متصلة بها (المادة ١/٤١٩ تجاري).

أيضاً بأن يرد في ورقة أو صك مستقل^(١) يبين المكان الذي أعطي فيه الضمان الاحتياطي^(٢). والأمر كذلك فهل يجوز أن يتخذ الضمان الاحتياطي شكل الكتابة الإلكترونية المذيلة بتوقيع من ذات الطبيعة على دعامة مغنطة؟

لقد أبدت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) رأياً في هذا الموضوع حينما قضت في حكم سابق لها بعدم صحة توقيع الضامن الاحتياطي المتمثل في استخدام رمز معلوماتي "clé informatique"^(٣). ومع ذلك فمن المرجح أن هذا الرأي سيتغير تماماً بعد إقرار المشرع الفرنسي صراحة للتوقيع الإلكتروني. ويدعم

^(١) جدير بالإشارة أن معاهدة جنيف قد أجازت لكل دولة موقعة عليها أن تبدي تحفظاً على القانون الموحد يميز لها الخروج على مبدأ الكفاية الزائدة للأوراق التجارية وتقرير صحة الضمان الاحتياطي الوارد في صك مستقل. وقد روعي في هذا الحكم مصلحة الملتزم المضمون، حيث يمكن رفع الحرج عنه في ظهور الضمان بالكميالة وما ينطوي عليه من التشكيك في قدرته على الوفاء. (نقض مدني مصري، الطعن رقم ١١٩ سنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٦/١٠/٣١ س ١٨، ص ١٥٨٤، د. أحمد حسني، المرجع السابق، ص ١٩٢). علاوة على أن إجازة الضمان الاحتياطي بصك مستقل يسمح من الناحية العملية بضمان عدة أوراق تجارية مرة واحدة.

أما بالنسبة للقبول فيجب أن يرد على الكميالة ذاتها (مادة ١٣ فقرة أولى تجاري). فالقبول على ورقة منفصلة على الكميالة لا ينتج آثاراً صرفية وإنما يعتبر بمثابة تعهد بالوفاء promesse de paiement بزم المسحوب عليه القابل وفقاً للقواعد العامة.

Com 22 Février 1954: D. 1954. p. 311; Banque 1954, p. 244, obs. Marin; RTD com. 1954. p. 367, obs. Becqué et H. cabrillac-Montpellier, 13 Jan. 1950: JCP 1950. II. 5624; Banque-1950. p. 301, obs. Marin; RTD. Com. 1950. p. 247, obs. Houin.

Cass. Com. 11 Janv. 1972: RTD com. 1972. p. 662, obs. Cabrillac et Rives-^(٣) Lange.

ويقيد هذا البيان على وجه الخصوص في العلاقات الدولية، إذ يمكن الحامل من التحقق من صحة الضامن حيث يوضع شكل الالتزام الصرفي لقانون الدولة التي نشأ فيها.

Cass. Com. 26 Nov. 1996: Bull. Civ..IV, No 285; D. 1997. somm. 262, obs. ^(٣) Cabrillac; D. Affaires 1997. p. 157; RTD com. 1997. p. 119, obs. Cabrillac; Banque Janv. 1997. p. 90. obs. Guillot; JCP. Éd. E 1997. 11. p. 906, note Bonneau. V. concl. Piniot, RJDA 1997, p. 3.

هذا القول نص الفقرة الثالثة من المادة ١٣٠ من التقنين التجاري الفرنسي^(١) الذي يجيز كتابة الضمان الاحتياطي في صك مستقل يبين المحل الذي أعطي فيه، وكذلك الفقرة الرابعة من ذات المادة التي توضح إمكانية التعبير عن هذا الضمان بكلمات "صالح للضمان" أو عبارة أخرى مماثلة يوقع عليها الضامن. فطبقاً لهذين النصين لا يشترط القانون سوى أن يكون الصك المستقل موقعاً من الضامن الاحتياطي، ومن ثم فلا شيء يمنع مطلقاً من أن يتخذ هذا الصك شكلاً إلكترونياً^(٢). وهكذا يبين مما تقدم أن أقول مبدأ تداول الكمبيالة نتيجة لاستخدام المعلوماتية في معالجة الأوراق التجارية وخصوصاً الكمبيالة قد استتبع بالضرورة تضاعف الحاجة إلى الضمانات التقليدية للوفاء.

المطلب الثاني

أحكام الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف

١٣ — تهديد وتقسيم:

من المسلم به أن الكمبيالة كورقة تجارية تتميز بكونها أداة وفاء تقوم مقام النقود في التعامل، كما أنها أداة ائتمان تتضمن عادة أجلاً للاستحقاق. ومن ثم لا يلتزم المدين الصُرْفِي من ناحية بالوفاء بقيمتها إلا في ميعاد الاستحقاق، ومن ناحية أخرى فإن الدين المصرفي دين مطلوب، بمعنى أن الحامل الأخير يلتزم بتقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق مطالباً إياه بالوفاء. والكمبيالة مآلها الطبيعي هو الوفاء الفعلي بقيمتها على نحو يترتب عليه

^(١) وتقال المادة L. 511-21 من التقنين التجاري بعد تعديله.

^(٢) François Guy Trébulle, l'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, Revue de droit bancaire et financier No 2, 2000, p. 114.

انتقضاء الالتزام الصرفي الثابت فيها. ولا شك أن استيفاء قيمة الكمبيالة هو الغاية التي يتطلع إليها الحامل عند حلول ميعاد الاستحقاق، فهو لم يقبل في الأساس التعامل بالكمبيالة إلا لتقته في الحصول على قيمتها في ميعاد استحقاقها. ودعماً للنقطة في الكمبيالة اللازمة لتداولها فقد تضمن قانون الصرف عدداً من القواعد الخاصة للوفاء خرج بها المشرع على أحكام القواعد العامة. والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام يدور حول مدى تأثير ظلال المعلوماتية على أحكام الوفاء بالكمبيالة الواردة في قواعد قانون الصرف.

وقبل أن نتقصى الإجابة على هذا السؤال، يلاحظ بداية أن أعلى درجات الخصوصية التي يتميز بها نظام الكمبيالة المقترنة بكشف إنما تظهر في تقديم الكمبيالة والوفاء بقيمتها. صحيح أن القواعد العامة للوفاء بالكمبيالة تظل قابلة للتطبيق، لكنها تترك مكانها عملاً لصالح أحكام أخرى تأخذ في الاعتبار متطلبات المعلوماتية^(١).

وقد جرت العادة على دراسة الوفاء بالكمبيالة العادية من خلال الحديث عن ميعاد استحقاقها وكذلك تقديمها للوفاء، وأخيراً الوفاء الفعلي بها. أما بالنسبة للوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف فسوف نقصر فقط على بحث المسائل التي تثير مشكلة بسبب خصوصية نظام هذا النوع من الكمبيالات، وهي على التوالي تقديم الكمبيالة للوفاء، وإثبات الوفاء، وأخيراً الوفاء الجزئي والامتناع عن الوفاء. أما ميعاد الاستحقاق فقد أشرنا من قبل إلى أن تحديده إما بمجرد الإطلاع أو في تاريخ محدد. وفيما يتعلق بطريق الوفاء فهو وحيد، إذ يتم الوفاء دائماً بالقيد على حساب المسحوب عليه المدين^(٢).

M. contaminc-Raynaud et J.-L. Rives- Lange, op. cit., No 330 et s.

M. Vivant, c. le stanc, op. cit., p. 1330.

(١)

(٢)

الفرع الأول

تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء

تقضي القواعد العامة بضرورة تقديم الكمبيالة للمسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق، وذلك كإجراء أولي يجب على الحامل القيام به لاستيفاء قيمتها. فالدين الصرفي مطلوب وليس محمولا، بمعنى أن الدائن وليس المدين في الكمبيالة هو الذي يسعى في طلب الوفاء بقيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق. وتفسير هذا أن الكمبيالة بوصفها أداة ائتمان تتداول من يد لأخرى مما لا يتسنى معه للمدين معرفة الحامل الأخير لها عند الاستحقاق^(١). ويتعين على الحامل أن يقدم الكمبيالة ذاتها للوفاء، ومن ثم لا يعتبر إبراز صورة الكمبيالة للمسحوب عليه بمثابة تقديم لها.

والوضع يختلف بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف، إذ يجري تقديم هذه الكمبيالة للوفاء عبر شريط مغنط ينتقل بين البنوك المعنية. وتتضح طبيعة هذه العملية من خلال قيام البنك المتلقي للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف بتجميع كافة الكمبيالات المستحقة في ميعاد معين ثم نقل بياناتها على دعامة مغنطة. ومتى أتم البنك هذا الإجراء، فإنه يحتفظ بالكمبيالة الورقية لديه ويجب عليه خلال ثمانية أيام قبل ميعاد الاستحقاق إرسال الدعامة المغنطة إلى كمبيوتر المقاصة ordinateur de compensation الذي يقع في دائرته البنك الحامل.

ويقع على كمبيوتر المقاصة واجب فرز الكمبيالات المحمولة على دعائم مغنطة وإعادة إرسالها على دعائم أخرى من ذات النوع إلى البنوك المختارة كمحل لوفاء بكل بحسب عملائه المسحوب عليهم^(٢). وعليه فالبنك المختار لا يتلقى

Paris 31 Mai 1983, D. 1984, IR, p. 72.

(١)

(٢) ومن هنا تظهر أهمية بيان عمل الوفاء المختار كأحد البيانات التي تتضمنها الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف.

كمبيالة ورقية وإنما شريطاً ممغنطاً. وتتحصر مهمة هذا البنك عندئذ في إخطار كل من عملاته بوجود الكمبيالات المستحقة عليه في حوزته. ويتم الإخطار عن طريق كشف يرسل إلى العميل المسحوب عليه قبل ميعاد الاستحقاق بيومين، ويتضمن هذا الكشف ورقتين: الأولى عبارة عن طلب إذن بالدفع، وترد بواسطة المسحوب عليه إلى بنكه بعد أن يدون بها تعليماته اللازمة للوفاء أو لرفض الوفاء. أما الورقة الأخرى في الكشف فهي نسخة طبق الأصل من إذن الدفع، وهذه يحتفظ بها المسحوب عليه لديه^(١).

وهكذا يبين أن تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف عبر الدعامة الممغنطة يفترض وجود علاقة بين بنكين، بنك الدافع وبنك المدين المسحوب عليه. وتتشابه الكمبيالة من هذه الوجهة مع الشيك المسطر *chèque barré*^(٢) والذي لا يجوز تقديمه إلى البنك المسحوب عليه للوفاء إلا بواسطة بنك آخر لحساب أحد عملاته^(٣). وتقرعاً على ذلك فهي مثله ترتب حماية ضد المخاطر المتولدة عن الضياع أو السرقة^(٤). وإذا سلمت الكمبيالة إلى البنك بهدف تحصيلها وجب على هذا الأخير الحفاظ عليها وإتخاذ كافة الإجراءات للحيلولة دون ضياعها "فمن يلجأ إلى بنك ينتظر منه ما لا ينتظر من غيره، إذ ينتظر منه جهداً ومهارة واحتياطات غير عادية بما يملك من

^(١) Jeantin et le cannu, op. cit., p. 272, Rives-Lange et contaminate-Raynaud, op. cit., p. 328-329.

^(٢) والتسطير هو وضع خطين متوازيين على صدر الشيك من جانب الساحب أو الحامل (مادة ١/٥١٥ تجاري).

^(٣) Rives-Lange et contaminate-Raynaud, op. cit., p. 303 et seq.

^(٤) فيعذر على من يعثر على الشيك المسطر بعد ضياعه أو من يسرقه أن يحصله بنفسه، كما يعذر عليه تكليف أحد البنوك بتحصيله لأنها لا تقوم بذلك عادة إلا لحساب عملائها ولا ترضى تحصيل الشيك لحساب الغير إلا إذا تأكدت من شخصية وموطن حامله. ومن ناحية أخرى لا يجوز لبنك أن يسلم شيكاً مسطراً لوفاء قبته إلا من أحد عملاته أو من بنك آخر، كما لا يجوز له أن يقبض قيمة هذا الشيك لحساب أشخاص آخرين غيرهما (مادة ١/٥١٦ تجاري).

وسائل وأدوات غير عادية^(١). ويحق للبنك بالتأكد أن يجري تأميناً من مسؤوليته عن ضياع الكمبيالة التي تلقاها من عميله كما يفعل البنك المركزي بالنسبة لأوراق النقد التي يتولى نقلها إلى بنوك أجنبية في الخارج.

وبطبيعة الحال فإن تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء بواسطة بنك الساحب يتطلب أن تكون هذه الكمبيالة بيد البنك قبل ميعاد الاستحقاق بوقت مناسب حتى يتسنى له معالجتها آلياً وطلب استيفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق. لذلك يجب على الساحب (أو الدافع) تسليم الكمبيالة إلى بنكه خلال ١٢ يوم على الأقل قبل ميعاد الاستحقاق. ويمكن فهم طول هذه المدة من واقع التزام البنوك بتسليم الكمبيالة إلى كمبيوتر المقاصة خلال ثمانية أيام على الأقل قبل ميعاد الاستحقاق. ومن ثم فينبك الساحب يملك فقط أربعة أيام من تاريخ تسلمه الكمبيالة لنقل بياناتها إلى دعامه مغنطة وإرسال هذه الأخيرة إلى كمبيوتر المقاصة^(٢).

والأصل أن ينهض البنك، بمجرد تسلمه الكمبيالة المقترنة بكشف، لأداء مهمته الخاصة بتقديم الكمبيالة عن طريق المعلوماتية. ومع ذلك يحق للساحب (أو الدافع) أن يطالب باستردادها مرة أخرى للقيام بتعديل أي من بياناتها كمد أجل الاستحقاق أو تغيير مبلغ الكمبيالة. على أن هذا الحق مقيد بضرورة ممارسته خلال مدة اليومين الأولين من تاريخ تسليم الكمبيالة إلى البنك. أما إذا سلمت الكمبيالة للبنك على سبيل التحصيل ولم يمارس الدافع حقه في الاسترداد خلال المدة المحددة، تصبح الوكالة الممنوحة إلى البنك المحصل نهائية لا رجعة فيها حيث تسير الأمور في اتجاه تقديم الكمبيالة للوفاء^(٣). ولا شك أن هذا الحكم يراعي مصلحة الدافع في إجراء التعديل وكذلك مصلحة البنك الذي يحتاج إلى بعض

(١) ا. د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، بند ٩٥١.

(٢) Vasseur, op. cit., p. 44.

(٣) Vasseur, op. cit., p. 45.

الوقت لنقل الكمبيالات المسلمة له على الدعامات الممغنطة تمهيداً لإرسالها إلى كمبيوتر المقاصة.

١٤ - تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى كمبيوتر المقاصة ^(١) :

تقضي القواعد العامة بأن يلتزم الحامل بتقديم الكمبيالة للوفاء بقيمتها في مكان الاستحقاق المبين بها. فإذا لم يذكر بيان هذا المكان في الكمبيالة، فإنها تكون مستحقة الوفاء في المحل المذكور بجانب اسم المسحوب عليه والذي يعد محلاً للوفاء ومحلاً لإقامة المسحوب عليه في نفس الوقت ^(٢). وإذا تضمنت الكمبيالة شرط الوفاء في محل مختار، وجب الوفاء في هذا المحل ^(٣).

هذا وقد اعتبر المشرع، طبقاً لنص المادة ٤٢٦، فقرة ثانية، من التقنين التجاري، تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة ^(٤) المعترف بها قانوناً في حكم تقديمها للوفاء، مما يعني أن هذه الغرفة تعد مكاناً ممكناً للاستحقاق ^(٥). ويتمشى

^(١) وقد كان كمبيوتر المقاصة عند نشأته يقتصر في أدائه لعمله على معالجة الكمبيالات المقترنة بكشف، ثم ما لبث أن امتد بعد ذلك لمعالجة كافة الكمبيالات شريطة ألا تكون محلاً لتحرير الاحتجاج وأن تتضمن بياناً بالهوية البنكية للمسحوب عليه ولا تحمل بيان "كمبيالة متداولة".

وجدير بالاشارة أن نظام المقاصة الالكترونية أو ما يطلق عليه نظام المقاصة الربية بين البنوك [Le Système inter-bancaire de compensation (SIT)] والذي تطور عمله في فرنسا منذ عام ١٩٩٠ يسمح بإجراء المقاصة المصرفية دون وساطة البنك المركزي. ومع ذلك يظل هذا الأخير مكلفاً بادراج القيود في الحسابات.

^(٢) المادة ٣٨٠ فقرة ٣ من التقنين التجاري.

^(٣) المادة ٣٨٢ من التقنين التجاري.

^(٤) جدير بالاشارة أن غرفة مقاصة باريس بفرنسا قد أنشأت عام ١٨٧٢. أما غرفة مقاصة لندن ويطلق عليها هناك Le clearing house فقد أنشأت في بداية القرن XIX. كذلك ظهرت غرف المقاصة في الولايات المتحدة الأمريكية clearing houses associations عام ١٨٥٣. ولا تتمتع غرف المقاصة بالشخصية القانونية، فهي لا تعدو أن تكون تجمع للبنوك في مكان واحد. HAMEL, Banques et opérations de banque, T. II, No 865.

^(٥) انظر حول غرف المقاصة:

هذا الحكم مع ما يشهده الواقع العملي من زيادة تدخل البنوك في عمليات الوفاء بالكمبيالات، إذ أن هذا الوفاء يتم في معظم الأحيان بطريق المقاصة في العلاقة بين البنك الذي يقوم بالوفاء كمحل مختار وكيلاً عن المسحوب عليه، والبنك الذي يقدم الكمبيالة للوفاء بصفته حاملاً أو وكيلاً عن الحامل^(١).

وبدهي أن يفرض التساؤل نفسه في هذا المقام حول مدى إمكانية اعتبار تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف إلى كمبيوتر المقاصة بمثابة تقديم للوفاء. ذلك ما لم تجب عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ سالفه الذكر. فهذه الأخيرة تتحدث عن تقديم الكمبيالة العادية بذاتها إلى غرفة المقاصة، بينما الفرض لدينا أن الكمبيالة المقترنة بكشف لا تقدم على الإطلاق للمقاصة وإنما الشريط المغنط الذي يحوي بياناتها الإلزامية. كما أن التقديم يتم إلى كمبيوتر المقاصة وليس غرفة المقاصة.

وأمام هذا السكوت من جانب النصوص القانونية يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف عبر الدعامة المغنطة إلى كمبيوتر المقاصة يتعادل تماماً مع التقديم إلى غرفة المقاصة وبالتالي يعد بمثابة تقديم للوفاء طبقاً لنص المادة ٤٢٦، فقرة ثانية، من التقنين التجاري. فمن ناحية ولئن كان صحيحاً أن الكمبيالة المقترنة بكشف كورقة تجارية لا تقدم بذاتها للمقاصة، إلا أنه من المتفق عليه أن الدعامة المغنطة تمثل من الناحية القانونية الكمبيالة المقترنة بكشف. ومن ناحية أخرى فإن كمبيوتر المقاصة^(٢) يدار بواسطة البنك المركزي

Rives-Lange et contamaine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 5^e éd. 1990, No 265 s.; Gavalda et stoufflet, Droit du crédit, 1, les institutions, litec 1990, No 408s.

وحول المقاصة بصفة عامة انظر:

Lucas de leyssac, la compensation en droit commercial, Thèse Paris I, 1973.

Devèze et Pétel, op. يذكر أن أكثر من ٨٠% من حالات الوفاء بين البنوك تتم بطريق المقاصة: cit., p. 169.

انظر حول كمبيوتر المقاصة:

M. Perdrix, La réforme des circuits d'échange des effets de commerce, Banque, 1983, p. 991; B. D'HOMME, Banque, 1992, p. 1174, chronique.

والذي هو في النهاية غرفة المقاصة^(١).

ويثير تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء في ميعاد الاستحقاق مشكلة مدى مسؤولية بنك الساحب (أو الدافع) عن التأخر في هذا التقديم. فقد تحول مقتضيات نظام المعلوماتية دون احترام المدد القانونية للتقديم^(٢)، فهل يستطيع البنك عندئذ أن يتمسك بالمدد اللازمة للمعالجة المعلوماتية طبقاً للعمل المصرفي أم تثور مسؤوليته طالما تعدت هذه المدد تلك المنصوص عليها قانوناً؟

عند تعرضه لتلك المسألة لم يكن القضاء واضحاً في حلها، حيث ذهب أحد

وحدير بالإشارة أن أول كمبيوتر للمقاصة في فرنسا قد بدأ العمل في ٣ يناير عام ١٩٦٩ وكان آنذاك يدار بواسطة البنك المركزي في باريس. أما اليوم فتديره الجمعية الفرنسية للمصارف A.F.B. وهو يعد بمثابة مركز للسحب والتوزيع، إذ يقوم كل بنك مشارك في صيغة كل يوم بإرسال دعامة مغطاة تحوي العمليات التي يعتبر دائماً ١٤، وعندئذ يتولى كمبيوتر المقاصة فرز هذه العمليات وتصنيفها بحسب البنوك المسحوبة عليها، وفي الظهر يستعيد المشاركون الدعامة المغطاة مدوناً عليها العمليات التي تصنفه كمدين. ويجري تسوية الرصيد بين نوعي العمليات بواسطة حسابات مفتوحة لدى المشاركين ومسجلة في دفاتره البنك المركزي.

ومنذ عام ١٩٨٠ وبسبب زيادة العمليات أنشئت في المدن الفرنسية الكبرى أجهزة مقاصة إلكترونية بلغ عددها في البداية تسعة ثم ما لبثت أن أصبحت ستة. Jean-Louis Rives-Lange-Monique
contamine-Raynaud, op. cit., p. 278.
وقد كان كمبيوتر المقاصة يستخدم في الأصل في معالجة الدعامات المغطاة التي كانت تحمل أوامر التحويل المصرفي Les ordres de virement وكذلك أوامر النقل المستدعة Les avis de prélèvement. ومنذ عام ١٩٧٣ في معالجة الكمبيالات المقترنة بكشف. وفي عام ١٩٨٧ وبالتحديد في ٣ نوفمبر أصبح من الممكن معالجة الكمبيالات والسندات الإذنية الورقية إذا تضمنت كشفاً بالهوية البنكية.

G. SUANT, La modernisation des technique de paiement et de recouvrement et la rôle du C.F.O.N.B. en 1987, Banque, 1988, p. 332.

Vasseur, op. cit., p. 49, M. Vivant et Le stanc, op. cit., p. 1301, Jeantin et le^(١)
cannu, op. cit., p. 272, J. Devèze, P. Pétel, op. cit., p. 186.

^(٢) والمشكلة لا تثور من الناحية العملية إلا بخصوص الكمبيالة المقترنة بكشف المستحقة الوفاء بمجرد الإطلاع.

الأحكام إلى عدم جواز احتجاج البنك في مواجهة العميل بمدد التقديم التي تستغرقها المعالجة الآلية للكمبيالة المقترنة بكشف ما لم يكن العميل قد قبلها^(١). ولا شك أن هذا القضاء محل نظر لا سيما وأن الساحب بموافقة الدخول في نظام الكمبيالة المقترنة بكشف يفترض قبوله ضمناً آثار المعلوماتية. لذلك يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن الساحب لا يمكنه مساءلة البنك عن عدم تقديم الكمبيالة للوفاء في المدد المحددة قانوناً على الأقل إذا كان التأخر عن التقديم معقولاً. على العكس يعد البنك مسؤولاً عن أي تأخير غير معقول وعلى نحو يمثل إهمالاً من جانبه^(٢).

الفرع الثاني

إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف

أشرنا فيما سبق إلى أن الدعامة الورقية تؤدي في مجال الأوراق التجارية دوراً مزدوجاً. فهي تمثل من ناحية المستند الذي يستطيع بمقتضاه المدعي إثبات صفته كدائن، كما أنها من ناحية أخرى تعد وسيلة لإثبات الوفاء بالدفع. من أجل ذلك فقد نصت المادة ٤٢٧، فقرة أولى، من التقنين التجاري على أنه "إذا أوفى المسحوب عليه الكمبيالة جاز له استردادها من حاملها موقعاً عليها بما يفيد الوفاء".

^(١) Paris 19 Mars 1987, D. 1988, som. P. 49, obs. Cabrillac.

وإذا كان يلاحظ أن هذا الحكم قد صدر بشأن السند الإذني المقترن بكشف إلا أنه يمكن الأخذ بأسبابه بصدد الكمبيالة المقترنة بكشف. وقد نقض هذا الحكم ولكن لسبب آخر حيث لم يرسل محرر السند إذن الدفع إلى البنك محل الوفاء.

Com. 24 Janvier 1989, RTD com. 1989, p. 273, obs. Cabrillac et Teyssié.

^(٢) Douai 11 décembre 1981: D. 1982 IR, 501, obs. Vasseur; RTD com. 1983, 94, obs. Cabrillac et Teyssié; comp. avec Trib. Com. Roubaix 2 Juillet 1980: D. 1980, 519, note Y. Létartre; RTD com. 1981, 108, obs. Cabrillac et Rives-Lange et Trib. Com. Nanterre 27 Septembre 1983: Banque 1983, 1469, obs. L. Martin; RTD com. 1984, 116 obs. Cabrillac et Teyssié.

وطبقاً لهذا النص فإن تسليم الكمبيالة للمسحوب عليه موقعاً عليها بالتخالص من الحامل يعد دليلاً كاملاً على الوفاء.

لكن تطبيق القاعدة السابقة يظل مرتبطاً بالكمبيالة العادية حيث يتعذر مد نطاقها إلى الكمبيالة المقترنة بكشف. ومرد الصعوبة في ذلك هو أن هذه الأخيرة يحتفظ بها بنك الساحب لديه بمجرد تسليمها من عميله ولا يصل إلى بنك المسحوب عليه سوى الدعامة الممغنطة التي تحمل بيانات الكمبيالة. لذا فإن وفاء المسحوب عليه بمبلغ الكمبيالة يتم استناداً إلى الكشف الذي يتلقاه من بنكه المختار كما سبق وأن بينا. والحال كذلك فقد كان لازماً البحث عن وسيلة بديلة تمكن المسحوب عليه من إثبات براءة ذمته من مبلغ الكمبيالة عند الوفاء به.

وقد وجد واضعو النظام حلاً لهذه المشكلة يميز بين ما إذا كان المسحوب عليه قد أوفى بكل الكمبيالات المدرجة بالكشف الذي تتلقاه من بنكه أم أذن لهذا الأخير بدفع جزء فقط من هذه الكمبيالات. ففي الحالة الأولى تثبت عملية الوفاء دون حاجة إلى مخالصة عن طريق تطابق كل من الكشف المرسل للمسحوب عليه قبل ميعاد الاستحقاق بقيد المبلغ الإجمالي الوارد بهذا الكشف في الجانب المدين لحسابه في البنك. أما إذا كان جزء من الكمبيالات الواردة بالكشف هي فقط المأذون بدفعها فإن بنك المسحوب عليه يرسل إليه إخطاراً بالدين، أي كشفاً بالكمبيالات المدفوعة، وهو ما يمثل مع مستخرج الحساب دليلاً على الوفاء^(١).

هذا ويجيز المشرع التجاري للمسحوب عليه، خروجاً على القواعد العامة، الوفاء جزئياً بمبلغ الكمبيالة^(٢). وبديهي أنه لا يترتب على هذا الوفاء استرداد المسحوب عليه للكمبيالة لأن الحامل في حاجة إليها للمطالبة بمقتضاها بالقدر الباقي. لذا يحق للمسحوب عليه أن يطلب تأشير الحامل على الكمبيالة بما يفيد

Vivant, Le stanc, op. cit., p. 1301.

(١)

(٢) المادة ٤٢٧، فقرة ثانية، من التفتين التجاري.

الوفاء الجزئي وأن يأخذ مخالصة بذلك^(١). أما بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف وحيث يتضمن هذا الأخير كمبيالة واحدة فقط لا يأذن المسحوب عليه لبنكه إلا بسداد جزء من مبلغها فقط، فإن إثبات الوفاء الجزئي يتم بواسطة الإخطار بالدين الذي يرسله بنك المسحوب عليه إلى عميله مع مستخرج الحساب البنكي^(٢).

وأياً ما كان الأمر فإن إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف على النحو السابق يظل في النهاية إثباتاً ورقياً. ومع ذلك فالتطور الاقتصادي الذي يشهده المجتمع الدولي في الوقت الحالي يدفع العديد من الشركات والمؤسسات سنوياً إلى تحديث نظم إدارتها ووسائل المحاسبة بها من خلال إدخال الحاسب الإلكتروني^(٣) والاتصال بشبكة الانترنت. لذا يحدث كثيراً أن تطلب هذه الشركات والمؤسسات من بنوكها تلقي كشوف الكمبيالات المسحوبة عليهم على دعامات ممغنطة. وفي تلك الحالة يقتصر المسحوب عليه في رده على البنك على إرسال تعليمات مكتوبة تتعلق بالكمبيالات المرفوضة جزئياً أو كلياً، أما ما عدا هذا من كمبيالات أخرى فيتم الوفاء بقيمتها آلياً. يعني ذلك إذن أن عدم ورود أي رد كتابي من جانب المسحوب عليه بعد تلقيه كشفاً بالكمبيالات على دعامات ممغنطة يعني قبوله ضمناً الوفاء بقيمتها. وهنا يدور البحث عن وسيلة إثبات الوفاء لا سيما وأن المسحوب عليه لا يملك عندئذ سوى مستخرج حسابه البنكي والدعامات الممغنطة التي تلقاها من بنكه. لذا يتجه الفقه الحديث إلى قبول الدعامات الممغنطة كدليل مقنع في

(١) المادة ٢٧، فقرة ثالثة، من التقنين التجاري.

(٢) Vasseur, op. cit., p. 51.

(٣) د. محمد مرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، العدد

٤٨، ١٩٩٥، ص ٨٦.

الإثبات شأنها في ذلك شأن الدعامات الورقية تماماً^(١).

وعلى الرغم من أن إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف قد وجد وسائله البديلة عن الدعامة الورقية الممثلة في الكمبيالة ذاتها، فإن التساؤل يظل قائماً حول مدى فعالية تلك الوسائل في حماية المسحوب عليه من مطالبته مرة ثانية بالوفاء استناداً للورقة التي يحتفظ بها بنك الساحب في حوزته. فهل يستطيع المسحوب عليه أن يدفع تلك المطالبة بمجرد تقديم كشف الكمبيالة وبيان حسابه البنكي؟ الأمر في هذه الحالة لا يخرج عن أحد فرضين، الأول أن تقدم الكمبيالة المقترنة بكشف، بعد سداد قيمتها، للوفاء بها مرة ثانية من جانب بنك الساحب (الدافع)، والثاني أن يطلب الوفاء بها من جانب بنك آخر تنازل له بنك الساحب على سبيل نقل ملكية الحق النقدي الثابت فيها.

ولا تتور أية صعوبة في الفرض الأول حينما تقدم الكمبيالة المدفوعة للوفاء مرة أخرى من جانب بنك الساحب سواء أكان هذا الأخير قد تبلم الكمبيالة على سبيل التحصيل أم على سبيل الخصم. فيجوز للمسحوب عليه حتى ولو كان قابلاً أن يدفع ببراءة ذمته من مبلغ الكمبيالة في مواجهة الساحب ووكيله البنك، وذلك استناداً إلى كشف الكمبيالة الذي يحتفظ بجزء منه علاوة على مستخرج حسابه البنكي. كذلك وفي الحالة التي تنتقل فيها الكمبيالة للبنك على سبيل نقل الملكية، يمكن للمسحوب عليه ولو كان قابلاً أن يتمسك في مواجهته بوسائل الإثبات الحاضرة (الكشف ومستخرج الحساب) باعتبار أن الدفع بالوفاء ناشئ عن علاقة شخصية بينهما وبالتالي لا يكون محلاً لتطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بالدفع في مواجهة الحامل حسن النية.

لكن المشكلة قد تدق فيما لو كانت الكمبيالة المقترنة بكشف قد قدمت للوفاء

^(١) جدير بالإشارة أن المشرع الفرنسي قد أقر استخدام الدعامات المغنطة كوسيلة في الإثبات عندما أصدر القانون رقم ٢٠٠٠ — ٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس لعام ٢٠٠٠ الخاص بالتوقيع الإلكتروني. انظر في

نصوص هذا القانون: J.C.P.E. 2000, No 13, p. 572.

مرة ثانية من جانب بنك آخر غير بنك الساحب (أو الدافع) تنازل هذا الأخير عنها إليه على سبيل نقل الملكية. وأساس المشكلة يكمن في إمكانية إدعاء البنك مقدم الكمبيالة تجاه المسحوب عليه الموفى بكونه حاملاً حسن النية وبالتالي يحق له استيفاء مبلغ الكمبيالة وإن سبق الوفاء به. على أنه مما يطمئن المسحوب عليه في مثل هذه الحالة هو شبهة سوء النية التي تحيط بعملية التنازل عن ملكية الكمبيالة من بنك الساحب إلى البنك الحامل. صحيح أن المشرع التجاري قد نزل بالبيانات الإلزامية في التظهير الناقل للملكية إلى أدنى حد حيث لم يتطلب سوى توقيع المظهر. وهذا يعني أن تظهير الكمبيالة المقترنة بكشف إلى البنك الحامل سيكون في غالب الأحوال خالياً من بيان التاريخ^(١). ومع ذلك يبقى القول بأن أحد الدعائم الجوهرية لنظام الكمبيالة المقترنة بكشف هو احتفاظ بنك الساحب (أو الدافع) بها لديه ومن ثم عدم تداولها. لذا فخروجها من بين يدي هذا البنك إلى بنك آخر يشكك بالتأكيد في حسن نية هذا الأخير^(٢). وتفرعاً على ذلك يجوز للمسحوب عليه أن يرتكن في دفعه لمطالبة البنك الحامل له بالوفاء بالكمبيالة إلى نص المادة ٣٩٧ من التقنين التجاري والتي تقضي بأنه ".... ليس لمن أقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين".

وطبقاً لهذا النص يلزم ويكفي في ذات الوقت لإنزال وصف سوء النية على المظهر إليه (الحامل) أن يكون عالماً بالدفع الذي للمدين المصرفي تجاه المظهر، ثم تلقى الكمبيالة بقصد حرمان المدين من الاحتجاج بهذا الدفع^(٣). وتقدير مدى توافر

(١) ويغيد تاريخ التظهير في هذه الحالة لمعرفة ما إذا كان قد تم قبل أم بعد انقضاء مدة تقدم الكمبيالة.

(٢) وينطبق ذات الحكم في حالة الوفاء الجزئي بالكمبيالة المقترنة بكشف.

(٣) ويذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية إلى أن الحامل يعتبر سئ النية طالما كان يدرك الضرر الذي سببته التظهير للمدين المصرفي من حيث استحالة تمسكه بالدفع الناشئة عن علاقته مع الساحب أو أي مظهر سابق.

قصد الإضرار بالمدين المصرفي لدى الحامل يدخل بلا شك في سلطة قاضي الموضوع^(١). والعبرة هنا بسوء النية لحظة تلقي الحامل الكمبيالة، أي وقت تظهيرها إليه.^(٢) وأخيراً يفترض حسن النية في الحامل، وعلى المدين الذي يدعي سوء نية هذا الحامل عبء نقض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.^(٣)

إزاء ما تقدم فقد ارتأى البعض^(٤) ضرورة تعهد بنوك الساحبين (أو الدافعين) بالاحتفاظ بأصل الكمبيالات المقترنة بكشف لديها دون التنازل عنها على سبيل نقل الملكية، وهو الأمر الذي يدعم الثقة فيها ويزيد من طمأنينة المسحوب عليهم وأمنهم من خطر المطالبة بقيمة الكمبيالة مرتين على التوالي. ومما يؤكد على أهمية الرأي السابق إمكانية تعرض المسحوب عليه للمطالبة بالوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف مرتين في ذات الوقت. ويبدو هذا الفرض قائماً

Cass. Com. 26 Juin 1956, sté worms, JCP 1956, II, 9600, note Roblot; Banque 1957, 483, obs. Marin; RTD com. 1957, 147, obs. Becqué et Cabrillac; cass. Com. 13^e Janvaier 1987; Bull. IV. No 17 RTD com. 1988, 469, obs. Cabrillac et Teyssié.

Cass. Com. 30 Octobre 1989, Rev. dr. bancaire et de la bourse 1990, p. 72; Cass. ^(١)
Com. 23 Février 1988, D. 1988, IR. P. 79.

Cass. Com. 30 Janvier 1979; Bull. IV, No 38; Cass. Com. 11 Juillet 1980: Bull. ^(٢)
IV, No 283; Cass. Com. 11 Décembre 1980: Bull. IV, No 398; Cass. Com. 4
Novembre 1982: Bull. IV., No 330; Cass. Com. 31 Janvier 1984: Bull. IV., No
46; Cass. Com. 30 Mai 1983, D. 1984, IR, 72, obs. Cabrillac; Cass. Com. 13
Janvier 1987, Rev. dr. bancaire, 1987, 51, obs. Crédot et Gérard; Paris, 1 re ch.
A., 26 Février 1991: RJDA 1991, 287. Adde: Cass. Com. 25 Février 1992: RJDA
1992, 497.

^(٣) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٨١ سنة ٣٤ ق جلسة ١٥/٦/١٩٦٧ س ١٨ ص ١٢٧٥، والطعن رقم
٥٣٦ سنة ٣٦ ق جلسة ١٢/٥/١٩٧٠ س ٢١ ص ٨١٠، والطعن رقم ١٤٣٨ سنة ٥٦ ق جلسة
١٩٩٣/٢/٨ د. أحمد حسني، المرجع السابق، ص ١٧٨، والطعن رقم ٢٥٨ سنة ٥٨ ق جلسة
١٩٩٤/١/٢١ س ٤٥ ص ١٤٤١، سعيد شعلة، المرجع السابق، ص ١٧٩ و ١٨٤.

Vasseur, op. cit., p. 55.

^(٤)

في الحالة التي يظهر فيها البنك الخصم الكمبيالة تظهيراً ناقلاً للملكية. فإذا تصورنا قيام البنكين بوضع بيانات الكمبيالة على دعامتين ممغنطتين، لأمكن تلقي المسحوب عليه كشفين من بنكه عن ذات الكمبيالة. عندئذ ولما كانت القاعدة هي أن المسحوب عليه لا يقوم بدفع مبلغ الكمبيالة إلا استناداً إلى وجود مقابل الوفاء لديه، فإنه لا يلتزم بالدفع إلا مرة واحدة فقط. لذا يحق له في الفرض السابق أن يسأل طالبي الوفاء إظهار أصل الكمبيالة المقترنة بكشف على نحو لا يلتزم فيه بالدفع إلا للبنك حائز الكمبيالة وهو بطبيعة الحال البنك الثاني المظهر إليه.

١٥ - إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف عند تعدد نسخها:

لا شك أن البحث عن وسائل بديلة لإثبات الوفاء بمبلغ الكمبيالة المقترنة بكشف يفترض حتماً موافقة المسحوب عليه الموفى على الدخول في نظام هذه الكمبيالة، وبالتالي قبول النتائج المترتبة على تطبيقه. ورغم هذا فتلك الموافقة ليست على الدوام أمراً مؤكداً، ذلك أن ما أشرنا إليه سلفاً من إرسال المسحوب عليه لكشف هويته البنكية إلى الساحب لا يعدو في الحقيقة أن يكون قرينة بسيطة على رضائه الوفاء بالكمبيالة طبقاً للنظام المعلوماتي. بتعبير آخر فإن كشف الهوية البنكية تستلزمه أيضاً عمليات أخرى غير الكمبيالة المقترنة بكشف مثل النقل المصرفي وأوامر النقل المستديمة *Les avis de prélèvement*.

إزاء ما تقدم فقد يستند المسحوب عليه إلى عدم إبداء موافقته الصريحة على سحب كمبيالة مقترنة بكشف عليه، وبالتالي يتمسك بحقه في استلام الكمبيالة بذاتها عند الوفاء بقيمتها إعمالاً لنص المادة ٤٢٧، فقرة أولى، من التقنين التجاري. وهناك ثور المشكلة فيما لو رفض بنك الدافع الاستجابة لطلب المسحوب عليه.

وحيلاً لتلك المشكلة يمكن الاستغادة من نص المادة ٤٥٩، فقرة ثالثة، من التقنين التجاري والتي تقضي بأنه لكل حامل كمبيالة غير مذكور فيها أنها سحب من نسخة وحيدة أن يطلب نسخاً منها على نفقته. ويجب عليه تحقيقاً لذلك أن يلجأ إلى من ظهرها له الذي يلتزم بأن يعاونه لدى المظهر السابق، وهكذا حتى يرقى

إلى الساحب". ولا يثير هذا النص أي صعوبة لدى تطبيقه على الكمبيالة المقترنة بكشف باعتبار أن الساحب يقوم عادة بتسليمها مباشرة إلى بنكه المختار. وهكذا تسير الأمور على أساس إنشاء نسخة أخرى تقليدية من الكمبيالة يدون عليها بيان "سند بديل لكمبيالة مقترنة بكشف" "Valeur en remplacement d'une L.C.R." يسلمها الساحب إلى بنكه الطالب والذي يسلمها بدوره للمسحوب عليه عند الوفاء. وبذلك تتحقق مصلحة هذا الأخير في استلام الكمبيالة بمجرد دفع قيمتها دون أن يزعه كونها نسخة ثانية من الكمبيالة الأصلية التي يحوزها بنك الساحب. فالمادة ٤٦٠، فقرة أولى، من التقنين التجاري تنص على أن "وفاء الكمبيالة بمقتضى إحدى نسخها مبرئ للذمة ولو لم يكن مشروطاً فيها أن هذا الوفاء يبطل أثر النسخ الأخرى".

بيد أن الحل السابق لا ينسجم إلا مع الحالة التي تكون فيها الكمبيالة المقترنة بكشف غير مقبولة. وتبرير ذلك أن المادة ٤٦٠ السابقة في جزئها الثاني تبقى المسحوب عليه ملتزماً بالوفاء بمقتضى كل نسخة وقع عليها بالقبول ولم يستردها. وبطبيعة الحال فإن الوضع سيتعقد عندما يصر المسحوب عليه على استرداد الكمبيالة المقبولة عند الوفاء بقيمتها. وقد يصل الأمر إلى حد اعتبار البنك الخاصم حامل الكمبيالة ممتنعاً عن استيفاء قيمتها بما يترتب على ذلك من آثار لا سيما فقدان حقه في مباشرة الرجوع الصرفي على الضامنين. لذا يبدو أمراً جوهرياً الحصول على الموافقة الصريحة للمسحوب عليه على الدخول في نظام الكمبيالة المقترنة بكشف قبل التعامل به، تلك الموافقة التي تغيد تنازله عن تقديم الكمبيالة بذاتها إليه ومن ثم عدم مطالبة بتسليمها عند الوفاء^(١).

الفرع الثالث

الوفاء الجزئي والإمتناع عن الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف

١٦ — الوفاء الجزئي: Paiement Partiel

الأصل أن ينصب الوفاء على المبلغ المبين في الكمبيالة بأكمله، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بأنه "لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" (١).

ومع ذلك فقد خرج قانون الصرف على حكم القواعد العامة حينما أجاز للمدين في الكمبيالة الوفاء جزئياً بقيمتها، فنصت المادة ٤٢٧، فقرة ثانية، من التقنين التجاري على أنه "لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يتمتع عن قبول الوفاء الجزئي". ولا شك أن حكمة المشرع من هذا الخروج تكمن في حماية مصلحة الضامنين الموقعين على الكمبيالة، حيث إن الوفاء بجزء من الدين الصرفي الثابت بالكمبيالة يبرء ذمتهم من هذا القدر الذي تم سداداه (٢).

وبدهي أنه لا يترتب على الوفاء الجزئي لمبلغ الكمبيالة استرداد المسحوب عليه لهذه الأخيرة، بل يحق له فقط أن يطلب تأشير الحامل عليها بما يفيد حصول

(١) المادة ٣٤٢، فقرة أولى، من القانون المدني.

(٢) المادة ٤٢٧، فقرة رابعة، من التقنين التجاري. وحدير بالإشارة أنه إذا رفض الحامل الوفاء الجزئي المروص عليه، جاز للمسحوب عليه أن يعرض عليه عرضاً فعلياً طبقاً للمادة ٤٨٧ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية. بيد أنه لا يجوز للمسحوب عليه إيداع قيمة الوفاء الجزئي وفقاً لأحكام المادة ٤٣٠ من التقنين التجاري لأن هذا الإيداع إنما يشمل كل مبلغ الكمبيالة في حالة عدم تقديمها للوفاء، في ميحد الاستحقاق.

هذا الوفاء وأن يأخذ لإصلاً بذلك^(١). ومن جانبه يجب على الحامل توجيه الاحتجاج بشأن الجزء الباقي من مبلغ الكمبيالة الذي لم يتم الوفاء به^(٢).

هذا ولا شيء يمنع الوفاء الجزئي بالكمبيالة المقترنة بكشف بوصفها ورقة تجارية، لكن مثل هذا الوفاء يثير أيضاً مشكلة بالنسبة للكمبيالة المقبولة. فقد يعلق المسحوب عليه وفاءه الجزئي بالكمبيالة على تقديمها إليه ووضع بيان الوفاء عليها. لذا وفي ظل غياب الموافقة الصريحة للمسحوب عليه على النظام المعلوماتي للأوراق التجارية، سيضطر البنك إلى تلبية طلب المسحوب عليه حتى لا يعتبر ممتنعاً على تلقي الوفاء الجزئي. أما إذا كانت الكمبيالة المقترنة بكشف غير مقبولة فيمكن حل المشكلة من خلال إنشاء نسخة ثانية من الكمبيالة في شكلها التقليدي يوضع عليها بيان الوفاء الجزئي.

١٧ - الوفاء بالكمبيالة من الملتزمين بها غير المسحوب عليه:

يجوز طبقاً للقواعد العامة لأي موقع على الكمبيالة أخطر بعدم القبول أو بعدم الوفاء، أو علم بذلك عن أي طريق آخر أن يقوم مختاراً بدفع قيمة الكمبيالة. وما يدفعه إلى هذا الوفاء هو تفادي الدعوى القضائية التي قد ترفع عليه وما ينجم عنها من زيادة النفقات التي يتحملها. كما أن وفاءه بقيمة الكمبيالة من شأنه وقف سريان الفوائد القانونية الذي يبدأ من تاريخ الاستحقاق.

وإذا تهيأ الحامل للرجوع على الملتزمين الضامين ولم يعرض أي من هؤلاء الوفاء اختياراً بقيمة الكمبيالة فطبيعي أن يبدأ الحامل في مباشرة الرجوع، إذ يقوم برفع دعوى قضائية ضد الملتزمين جميعاً أو ضد من يراه منهم أقدر على الوفاء.

والأصل أنه طالما قام أحد الموقعين على الكمبيالة بالوفاء، جاز له طلب

(١) المادة ٤٢٧، فقرة ثالثة، من التقنين التجاري.

(٢) المادة ٤٢٧، فقرة رابعة، من التقنين التجاري.

تسليمها إليه مع الاحتجاج الذي تم تحريره في الميعاد وورقة مخالصة بما تم الوفاء به^(١). وتجنباً لإساءة استعمال الكمبيالة وتعرضه للوفاء بقيمتها مرة ثانية يحق للمظهر الموفى شطب تظهيره وتظهير من جاء بعده^(٢).

وما من شك في أن فرص تطبيق القواعد السابقة أقل بالنسبة للكمبيالة المقترنة بكشف عنها في الكمبيالة العادية. والسبب كما رأينا من قبل يكمن في أقول قابلية الكمبيالات المقترنة بكشف للتداول. فهذه الأخيرة عادة ما تحرر بواسطة الساحب لتسلم مباشرة إلى البنك الخاصم ليتولى استيفاء قيمتها عن طريق المعلوماتية. ورغم ذلك يظل الباب مفتوحاً لغير المسحوب عليه في الكمبيالة المقترنة بكشف ممن وضع توقيعه عليها للوفاء الودي بقيمتها كما يجبر على مثل هذا الوفاء عند الرجوع عليه بالدعوى القضائية. وينطبق هذا القول على الساحب والقابل بالتدخل عنه^(٣) وكذلك الضامن الاحتياطي عن المسحوب عليه القابل^(٤) وعن الساحب. أما الساحب فمن المفترض أنه على علم بطبيعة الكمبيالة التي يحررها ككمبيالة مقترنة بكشف، وبالتالي فهو بتسليمه إياها إلى البنك الخاصم قد قبل الخضوع لنظامها الذي يستبعد تسليمها بذاتها للموفى بقيمتها. وأما القابل بالتدخل والضامن الاحتياطي فتوقعيهما على الكمبيالة يعني رضائهما الخضوع لأحكامها التي تتضمن التنازل عن استردادها عند الوفاء بقيمتها.

(١) المادة ٤٤٥، فقرة أولى، من التقنين التجاري.

(٢) المادة ٤٤٥، فقرة ثانية، من التقنين التجاري.

(٣) أما المسحوب عليه فلا يجوز القول بالتدخل لمصلحته سواء أكان قابلاً للكمبيالة أو غير قابل لها. إذ لا محل للحديث عن قبول بالتدخل إذا كان المسحوب عليه قد قبل الكمبيالة. وإذا لم يكن قد وقع عليها بالقبول، فإنه لا يعد ملتزماً صريفاً بقيمتها ومن ثم لا يصح التدخل عنه.

(٤) بل إنه يجوز كفالة المسحوب عليه غير القابل توقعاً لقبوله، وذلك تأسيساً على جواز كفالة الدين المستقبل طبقاً للقواعد العامة (المادة ١/٧٧٨ مدي). على أن التزام الضامن الإحتياطي في هذه الحالة يكون معلقاً على شرط واقف هو نشأة الالتزام الأصلي في ذمة المضمون أي قبول المسحوب عليه للكمبيالة. فإذا لم يقع عليها بالقبول عد الضامن الإحتياطي كأن لم يكن تطبيقاً للأثر الرجعي للشرط.

على أن الوضع يختلف بالنسبة للموفى بطريق التدخل Le payeur par intervention وهو الذي يتدخل بالوفاء لصالح أحد الملتزمين بالوفاء بالكمبيالة كالمساحب أو الضامن الاحتياطي أو حتى المسحوب عليه القابل. فطبقاً للمادة ٤٥٧، فقرة أولى، من التقنين التجاري يجب بيان الوفاء بالتدخل بكتابة مخالصة على الكمبيالة يعين فيها من حصل الوفاء لمصلحته^(١). ويجب أن تذيل هذه المخالصة بتوقيع الحامل أو وكيله وتوضع على الكمبيالة ذاتها^(٢). ومتى حصل الوفاء بالتدخل فإنه يلزم تسليم الكمبيالة وورقة الاحتجاج، حال حصوله، إلى الموفى بالتدخل^(٣). مثل هذه القواعد التي تتفق وطبيعة الكمبيالة العادية تواجه بعض الصعوبات عند تطبيقها على الكمبيالة المقترنة بكشف. فلا أحد يستطيع التأكيد على إتجاه إرادة الموفى بالتدخل عن أحد الملتزمين في الكمبيالة المقترنة بكشف إلى قبول نظام هذه الكمبيالة وما يترتب عليه من نتائج. وتفرغاً على ذلك إذا رفض البنك الخاصم لتلك الكمبيالة طلب الموفى بالتدخل تسليمه إياها عند حصول الوفاء، فإنه — أي البنك — يمكن اعتباره بمثابة رافض للوفاء وبالتالي يفقد حقه في الرجوع على كل من كانت ذمته تبرأ بهذا الوفاء.^(٤)

وليس من المتصور أن تجد المشكلة حلاً لها في تنازل الموفى بالتدخل عن حقه في استرداد الكمبيالة بعد الوفاء بقيمتها. ذلك أنه على خلاف المسحوب عليه الذي يستطيع إثبات الوفاء عن طريق الكشف ومستخرج الحساب البنكي فإن الموفى بالتدخل لا يحوز بين يديه واحدة من هذه الوسائل. بل ويزيد من صعوبة المشكلة

(١) وإذا لم يعين الشخص الذي يجري الوفاء لمصلحته عد هذا الوفاء حاصلًا لمصلحة المساحب.

(٢) يستوي في ذلك أن توضع المخالصة على وجه الكمبيالة أو ظهرها.

(٣) المادة ٤٥٧، فقرة ثانية، من التقنين التجاري.

(٤) المادة ٤٥٦ من التقنين التجاري.

أن استرداد الكمبيالة من البنك الخاص لا يمثل ضماناً لإثبات الوفاء فحسب، وإنما الأهم من ذلك تهيئة الوسيلة للموفا بالتدخل على وجه الخصوص لمباشرة حقه في الرجوع.

١٨ - الإمتناع عن الوفاء الكلي بالكمبيالة والرجوع:

الأصل طبقاً لقواعد قانون الصرف أن الكمبيالة تحرر لأجل معين يستطيع المستفيد أو الحامل بحلوله تقديمها للمسحوب عليه واستيفاء قيمتها. فإذا بادر المسحوب عليه بالوفاء في الميعاد فقد برأت ذمته وأيضاً ذمة جميع الموقعين على الكمبيالة وتنقضي هذه الأخيرة إنقضاء طبيعياً. لكن قد يحدث أن يمتنع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق لأي سبب كما لو لم يتلق مقابل الوفاء أو كان عاجزاً عن القيام بالوفاء. عندئذ يثبت للحامل حق الرجوع على سائر الموقعين على الكمبيالة باعتبارهم ضامنين للوفاء بقيمتها في مواجهته على وجه التضامن.

ورجوع الحامل على الضامنين لا يقتصر فحسب على حالة الامتناع عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق، بل إن هناك حالات أخرى يجيز فيها القانون للحامل استعمال حق الرجوع الصرفي رغم عدم حلول ميعاد الاستحقاق بشأنها مثل حالة امتناع المسحوب عليه عن القبول وإفلاسه أو توقفه عن الدفع أو حجز أمواله بدون جدوى وأخيراً حالة إفلاس الساحب في الكمبيالة غير الصالحة للقبول^(١).

وليس معنى توافر إحدى حالات الرجوع السابقة أن يبدأ الحامل على الفور في مباشرة إجراءات الرجوع على النحو الذي يراه، وإنما يتحتم عليه أن يسلك الطريق الذي رسمه له المشرع وبدايته تتمثل في إثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء في ورقة رسمية (الاحتجاج). ومتى أتم الحامل هذا الإجراء التمهيدي، جاز له استكمال الطريق والرجوع على الملتزمين في الكمبيالة.

وإذا كانت القواعد السابقة تتناسب في مجملها مع طبيعة الكمبيالة العادية

(١) المادة ٤٣٨ من التفتين التجاري.

كورقة تجارية، فإن استخدام المعلوماتية في معالجة هذه الأخيرة يتطلب بالضرورة تعديل تلك القواعد بما يتلاءم مع طبيعة الكمبيالة المقترنة بكشف.

بداءة وعلاوة على الحالات المألوفة للرجوع على الضامنين تتسع أسباب عدم الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف لتشمل حالات أخرى. فقد يحدث ألا يرسل المسحوب عليه إذن الدفع (الكشف) في الميعاد إلى بنكه المختار. وقد لا تصل الكمبيالة أساساً إلى بنك المسحوب عليه بسبب وجود أخطاء في المعطيات المصرفية coordonnées bancaires حال دون استغلالها، كأن يسيء الساحب كتابة بيان الحساب البنكي للمسحوب عليه على الكمبيالة، أو بخطأ بنك الدافع في نقل هذا البيان إلى الشريط الممغنط الذي ينوي إرساله إلى كمبيوتر المقاصة. بل وقد يحول أيضاً دون الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف وقوع خطأ من جانب كمبيوتر المقاصة أو مركز المعالجة في بنك المسحوب عليه. وتقضي القواعد العامة في هذا الصدد بأن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". لذا ولما كان استخدام المعلوماتية في عمليات البنوك يزيد من احتمالات وقوع الخطأ المصرفي فقد جرت العادة على أن تلجأ البنوك إلى اشتراط إعفاء نفسها من المسؤولية ما لم يكن الأمر متعلقاً بخطأ جسيم يمكن نسبته إليها^(١).

وأيضاً ما كان سبب عدم الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف، فلا يجوز تحرير الاحتجاج عن الكشف الذي يردده المسحوب عليه إلى بنكه معبراً فيه عن رفضه الوفاء. فالاحتجاج وفقاً لقواعد قانون الصرف لا يحرر إلا عن الكمبيالة الورقية الصادرة عن الدائن والتي هي في موضوعنا بين يدي بنك الدائن. يضاف إلى ذلك وكما أشرنا من قبل أن الكمبيالة المقترنة بكشف تتضمن شرط الرجوع بدون نفقة

Paris, 9 Juillet 1982, Rev. trim. Dr. com. 1983, 569.

(١)

وانظر في مسؤولية البنك بصفة عامة.

Richard Routier, La responsabilité du banquier, L.F.D.J. 1997.

أو بدون احتجاج^(١). وعليه إذا أراد الدائن أن يحوز وسيلة ردع تمثل احتجاجاً بمعنى الكلمة، فيجب عليه تحرير كمبيالة عادية مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع ودون أن يضمنها شرط 'بدون نفقة'، ثم يقوم بتقديمها إلى المسحوب عليه طبقاً للإجراءات التقليدية^(٢).

ويسبق عملية الرجوع بالكمبيالة المقترنة بكشف بعض الخطوات التمهيدية. وتتلخص هذه الخطوات في قيام بنك المسحوب عليه بنقل كافة البيانات المتعلقة بالكمبيالات غير المدفوعة علاوة على بيانات أخرى جديدة مثل السبب الكودى لعدم الوفاء، وذلك على شريط أو شرائط ممغنطة يتم إرسالها إلى كمبيوتر المقاصة لتسلك مسارها بعد ذلك إلى بنوك الساحبين أو الدافعين. ومتى تسلم البنك الشرائط الخاصة بعملائه فإنه يقيد في الجانب المدين لحساب كل عميل قيمة الكمبيالة غير المدفوعة والتي سبق قيدها في الجانب الدائن لذات الحساب^(٣).

هذا ويجب على بنك المسحوب عليه أن يسارع في إتخاذ إجراءات رد الكمبيالة أو الكمبيالات غير المدفوعة^(٤)، وإلا تحمل عبء الوفاء بقيمتها^(٥) كنوع من التعويض. وإذا كان صحيحاً أن البنك المختار كمحل للوفاء يحل محل الموفى له في حقوقه، إلا أنه قد يتعرض لخطر عدم الحصول على تلك الحقوق فيما لو كانت غير مؤكدة أو كان المسحوب عليه معسراً. وفي الحالة الأخيرة وحتى لو كان مبلغ الكمبيالة غير متنازع عليه، فإن بنك المسحوب عليه لا يستطيع أن يطالب برد ما

^(١) ومن المسلم به في هذه الحالة أن نطاق الإعفاء ينحصر فقط في تحرير الاحتجاج، إذ لا يعنى الحامل من إجراء المطالبة بالوفاء في ميعاد الاستحقاق وإلا اعتبر حاملاً مهماً وبالتالي يسقط حقه في الرجوع.

^(٢) Rives-Lange et contamin-Raynaud, op. cit., p. 329.

^(٣) M. Jeantin, Paul le cannu, op. cit., p. 273.

^(٤) طبقاً للوائح نظام المقاصة المربية (SIT) *Système interbancaire de télé compensation* يجب اتخاذ إجراءات رد الكمبيالة خلال فترة رمنية أضافها ثمانية أيام.

^(٥) Cass. Com. 12 Mars 1996, Bull. Civ IV No 79.

دفع بغير حق ما لم يثبت أنه قد قام بالوفاء على سبيل الخطأ^(١) وليس على سبيل منح الائتمان للمسحوب عليه^(٢).

ويختلف استعمال حق الرجوع بالكمبيالة المقترنة بكشف بحسب صفة بنك الساحب (أو الدافع) عند تسلمه إياها. فإذا كان البنك قد تلقى الكمبيالة من عميله على سبيل الخصم، يصبح له الحق في مباشرة الرجوع عليه بمجرد إخطاره عبر كمبيوتر المقاصة بواقعة عدم الوفاء. أما إذا كانت الكمبيالة في حيازة البنك لمجرد التحصيل، فيقع عليه عندئذ واجب إخطار عميله بعدم الوفاء حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الرجوع. وفي مثل هذه الحالة إذا كانت الكمبيالة تحمل قبول المسحوب عليه أو كانت قد تداولت قبل معالجتها آلياً، وجب على البنك ردها لمن سلمها له كي يستعين بها في دعوى الرجوع على الموقعين.

وفي كل الأحوال يجوز للحامل، سواء أكان هو البنك الخصم أم الساحب (أو الدافع)، أن يستفيد من قرينة مقابل الوفاء المستمدة من القبول طبقاً للمادة ٤٠٣ من التقنين التجاري.

^(١) وبعد ذلك تطبيقاً للمادة ١٨١ من القانون المدني والتي تنص على أنه "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده. على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء".

^(٢) Devèze et Pétel, op. cit., p. 187.

الفصل الثاني

الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف

Lettre de change relevé-magnétique

(الاتصال بين المعلوماتية وقواعد قانون الصرف)

ما من شك في أن المعلوماتية منذ نشأتها وعلى مدار فترة طويلة قد لعبت دوراً هاماً وبارزاً في مجال الأوراق التجارية بوجه عام والكمبيالة على وجه الخصوص. بيد أن تأثير هذه التكنولوجيا كان قاصراً في البداية على جزء فقط من الحياة القانونية للكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية. وآية ذلك ما أظهرته الدراسة السابقة للكمبيالة المقترنة بكشف من بقاء الدعامة الورقية في العمل واحتفاظها بالتالي بوصفها ككمبيالة تخضع في تنظيمها لقواعد قانون الصرف. ورغم النتائج المفيدة التي أحرزها نظام الكمبيالة المقترنة بكشف في شكلها الورقي، فقد رؤى تبسيط النظام بشكل أكبر عن طريق توسيع نطاق تطبيق المعلوماتية.

ففي ظل التطور التكنولوجي وإدخال نظم المعلوماتية في معظم الشركات والمؤسسات التجارية، يستطيع الساحب منذ البداية إنشاء دعامة ممغنطة تحوي كافة البيانات التي تستلزمها الكمبيالة الورقية في صورتها العادية. وبمجرد إصدارها يقوم الساحب بإرسال هذه الدعامة إلى بنكه الذي يتولى تقديمها للوفاء إلى بنك المسحوب عليه عبر كمبيوتر المقاصة. وهكذا ظهرت في العمل الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف أو ما يطلق عليها الكمبيالة الإلكترونية وقد اختفت الورقة

من حياتها تماماً^(١)، وهذا من شأنه التسهيل على البنوك والتخفيف من العبء الملقى على عاتقها فيما يتعلق بالعمليات الواردة على الأوراق التجارية^(٢).

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للكمبيالة الإلكترونية

تتشارك الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف مع الكمبيالة الإلكترونية في كونها معاً أدوات وفاء آلية instruments de recouvrement automatisés حيث يجري بواسطتهما تحصيل الديون عن طريق المعلوماتية. ومع ذلك فالأولى هي في الواقع كمبيالة حقيقية تصدر في دعامة ورقية وتنقل بعد إنشائها على شريط ممغنط هو الذي يتداول فيما بين البنوك لاستيفاء قيمة الكمبيالة، ومن ثم فهذه الكمبيالة تخضع كأصل عام لقواعد قانون الصرف. أما الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف أو الكمبيالة الإلكترونية فهي ليست كمبيالة إلا إسمياً فقط^(٣). فمن المسلم به فقهاً^(٤) أن هذه الكمبيالة لا تعتبر، كما قد يفهم من تسميتها، كمبيالة حقيقية بمعنى الكلمة بل

^(١) حدير بالإشارة أنه لا عل للحدث عن سند إذني ممغنط أو الكتروني، ذلك أن السند الإذني يفترض صدور دعامة ورقية يسلمها المخرج إلى دائته ليقيم هذا الأخير، إن أراد، بتسليمها إلى بنكه. ومن ثم فالورقة كدعامة للحق الصربي الثابت في السند الإذني تبدو جوهرية في المرحلة الأولى من حياة السند الإذني المقترن بكشف.

^(٢) علاوة على ذلك فإن الأخذ بنظام الكمبيالة الإلكترونية يؤدي إلى التقليل من نفقات إصدار الكمبيالة الورقية لا سيما رسوم الدفعة الخاصة بها.

M. Vivant et ch. Le stanc, op. cit., p. 130. ^(٣)

^(٤) Vasseur, op. cit., p. 76; M. Jeantin et le cannu, op. cit., p. 275; Cabrillac, RTD com. 1998, chvika, Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de credit, Dalloz, 2000, No 4, p. 6181.

ولا يمكن إدراجها أصلاً في عداد الأوراق التجارية^(١). والسبب في ذلك أن قواعد قانون الصرف الذي تضمنها الملحق الأول لمعاهدة جنيف تستند في جوهرها على وجود سند ورقي يستخدم كدعامة للبيانات الإلزامية التي تتطلبها الورقة التجارية^(٢) وليس هذا هو الحال بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية التي يصل فيها التجريد المادي إلى حد إلغاء الدعامة الورقية تماماً سواء عند الإنشاء أو أثناء حياتها وكذلك عند استيفاء قيمتها. فكان إلغاء الدعامة الورقية يفقد أداة الوفاء أو الائتمان وصفها كورقة تجارية.

علاوة ما تقدم فإن الكمبيالة تصدر بوجه عام للإن (أو للأمر) مما يجعلها قابلة للتداول عن طريق التظهير^(٣). وطالما أن المشرع التجاري يسلّط لصحة التظهير الناقل للملكية توقيع المظهر^(٤)، فأمر بديهي أن تتواجد دعامة ورقية يدون عليها هذا التوقيع وهو ما تقتضيه الكمبيالة الإلكترونية. وترتّباً على ذلك فإن غياب السند الورقي يعني فقدان إحدى الخصائص الأساسية بل أخص خصائص الأوراق التجارية وهي صلاحيتها للتداول، وبالتالي عدم انطباق مبدأ عدم الاحتجاج بالدفع^(٥) أحد أهم الأسس التي تقوم عليها قواعد قانون الصرف.

وإذا كان غياب الدعامة الورقية عن الكمبيالة الإلكترونية قد حال دون اكتسابها وصف الكمبيالة في مفهوم قانون الصرف، فالأمر يحتاج إلى تدخل

^(١) Cass. com. 25 Nov. 1997, sté seretal C/CIO, RTD com. 51 (2), Avril-Juin 1998, p. 388.

^(٢) والأمر ذاته بالنسبة لقانون ضريبة الدمغة حيث تفترض هذه الأخيرة وجود ورقة وهو ما لا يتحقق في الكمبيالة الإلكترونية.

^(٣) جدير بالإشارة أن المادة ٣٩١، فقرة أولى، من التفتين التجاري تقضي بأن "كل كمبيالة ولو لم يصرح فيها أنها مسحوبة للأمر تتداول بالتظهير.

^(٤) المادة ٣٩٣، فقرة ثانية، من التفتين التجاري.

^(٥) Eyal chvika, op. cit., p. 618.

تشريعي صريح يجيز إنشاء كمبيالة بدون ورقة^(١). أما وأن تلك الأخيرة لم تر النور بعد فلازم ذلك أن أياً من قواعد قانون الصرف غير قابلة للإنطباق على الكمبيالة الإلكترونية. وعليه لا يستقيم الحديث في خصوص هذه الكمبيالة عن التظهير لا سيما الناقل للملكية وما ينجم عنه من نقل ملكية مقابل الوفاء وعدم الاحتجاج بالدفع. ومن ثم يجوز للمدين الاحتجاج بكافة الدفع التي كان يحق له التمسك بها في مواجهة الدائن. كذلك لا محل للقبول أو الضمان الاحتياطي وهما من أبرز الضمانات التي يجيزها المشرع لحامل الكمبيالة بهدف حماية حقه في استيفاء قيمتها.

وفي نفس الاتجاه لا تخضع الكمبيالة الإلكترونية لمدد التقديم المنصوص عليها في قانون الصرف بالنسبة للكمبيالة العادية. كما تستبعد أيضاً النصوص المتعلقة بالطابع الأمر لميعاد الاستحقاق، ومن ثم يجوز للقاضي منح المدين في الكمبيالة الإلكترونية مهلة للوفاء بالتزامه تطبيقاً للقواعد العامة^(٢). والمعارضة في الوفاء بين يدي هذا المدين جائزة دون إمكانية التمسك بحظرها في غير الحالات المنصوص عليها في القانون التجاري^(٣).

وخلافاً لقواعد قانون الصرف التي تقضي بصحة الوفاء الجزئي على نحو

(١) وحدير بالإشارة أن نصوص القانون الفرنسي الصادر في ١٣ مارس لعام ٢٠٠٠ والذي أقر الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لا يؤدي بطبيعة الحال إلى منح الكمبيالة الإلكترونية صفة الكمبيالة الصرفية وما يترتب عليها من آثار قانونية لا سيما الرجوع الصرفي.

Reponse ministérielle No 25110: Jo sénat Q, 30 Nov. 2000, p. 4087.

انظر عكس هذا الرأي:

François Guy Trébulle, l'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, Revue de droit Bancaire et Financier, No 2-2000, p. 116.

(٢) المادة ٢٧٢ من التقنين المدني.

(٣) المادة ٤٣١ من التقنين التجاري.

يجبر معه الحامل على قبول هذا الوفاء من المسحوب عليه،^(١) فإن الدائن في الكميالة الإلكترونية يمكنه قانوناً التمسك بالمادة ٣٤٢، فقرة أولى، من القانون المدني ونصها "لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". وإذا لم يطالب الدائن بدينه عند الاستحقاق، فإن المدين في الكميالة الإلكترونية لا يستطيع أن يبرء ذمته مباشرة بإيداع مبلغ الدين خزانة المحكمة التي يقع في دائرتها مكان الوفاء كما هو مقرر في قانون الصرف^(٢). بل يجب عليه أولاً أن يقوم بعرض المبلغ عرضاً فعلياً طبقاً للقواعد العامة.

أخيراً وليس آخراً وفي الحالة التي يفقد فيها البنك الكميالة الإلكترونية التي في حوزته لا مجال لتطبيق الحل المأخوذ به في قانون الصرف والذي سعى به المشرع التجاري إلى إيجاد مخرج لحامل الكميالة الورقية عند ضياعها منه. ومن ثم يتحمل البنك المسؤولية في مواجهة عميله عن فقدان الشريط الممغنط بسبب خطأه الشخصي^(٣) ويتوجب عليه عندئذ إبلاغ العميل بواقعة الضياع حتى يتخذ ما يراه من إجراءات للحفاظ على حقه تجاه مدينه.

المبحث الثاني

القواعد الحاكمة للكميالة الإلكترونية

١٩ - الكميالة الإلكترونية تخضع للقواعد العامة للوكالة والنقل المصرفي: إذا كانت قواعد قانون الصرف قد استعصى تطبيقها على الكميالة

(١) المادة ٢/٤٢٧ من التقنين التجاري.

(٢) المادة ١/٤٣٠ من التقنين التجاري.

(٣)

vasseur, op. cit., p. 80.

الإلكترونية بسبب تجرد هذه الأخيرة من الدعامة المادية أو الورقية، فهل يعني ذلك كما تسأل البعض^(١) أن الأمر يتعلق بفراغ قانوني في خصوص تلك المسألة؟

وفي مقام عرضه للموضوع أبدى العلامة Vasseur^(٢) رأيه بأن الكمبيالة الممغنطة المقترنة بكشف تستند في عملها على آليات الوكالة والنقل المصرفي. وتستعمل الوكالة هنا على وجهين، فمن جهة يقوم الدافع بتسليم الكمبيالة الإلكترونية إلى بنكه على سبيل التحصيل ليتولى البنك بعد ذلك تنفيذ العمل المكلف به، وذلك من خلال تقديم الكمبيالة إلى بنك المدين للوفاء عبر كمبيوتر المقاصة. ومن جهة أخرى فإن العلاقة بين المدين وبنكه تأخذ عادة شكل الوكالة في الدفع. وعليه تنشأ مسؤولية البنك فيما لو قام بالوفاء خلافاً لتعليمات موكله^(٣) أو دون إذنه^(٤)، كما يجوز الرجوع في هذه الوكالة من جانب العميل أو البنك على السواء. ومما يؤكد على هذه الوكالة قيام المدين برد كشف الكمبيالة إلى بنكه بما يعني إعطائه الإذن بالدفع. فإذا أتم كل من البنكين مهام وكالته فإن العملية تختتم بنقل مصرفي من حساب المدين إلى حساب الدائن.

هذا ولا يعتبر الشريط الممغنط، في ظل الوضع الراهن لقانون الصرف، ممثلاً للديون التي يحتوي عليها وإنما هو بمثابة دعامة لمعلومة يقف دورها عند مجرد اعتبارها أداة للإثبات. ومن هذا المنطلق يمكن إدراك الفارق الجوهرى بين الكمبيالة الإلكترونية والورقة التجارية. فعلى عكس هذه الأخيرة التي تستمد ضمانات الوفاء بقيمتها من الطابع الشكلي للإلتزام المصرفي، فإن ضمانات الوفاء

M. Vivant et le stanc, op. cit., p. 1301 No 2140.

Vasseur, op. cit., p. 77.

Cass. com. 25 janvier 1955, Bull. Civ. III, No 41; Versailles 11 Mai 1989, Banque 1989, p. 980, obs. Rives-Lange.

Banque 1983, p. 99, obs. L. Martin.

بالكمبيالة المغنطة أو الإلكترونية تستند أساساً على علاقات الثقة فيما بين البنك وعميله^(١).

وتقريباً على ما تقدم فإن الكمبيالة الإلكترونية لا تصلح بطبيعتها لأن تكون أداة لمنح ائتمان حقيقي عن طريق الخصم. وبالتالي فهي فقط تؤدي وظيفتها كأداة للحصول، وذلك خلافاً للكمبيالة الورقية المقترنة بكشف والتي كمثيلتها العادية يمكن تسليمها للبنك على سبيل الحصول أو الخصم.

Jeantin, op. cit., p. 277.

(١)

الخاتمة

وهكذا تمر السنوات لتحمل فى طياتها من الأحداث والثورات والاكتشافات ما تؤثر به فى المجتمعات الإنسانية وقوانينها المنظمة للعلاقات بين أفرادها.

وقد سعينا من خلال الدراسة السابقة إلى إلقاء الضوء على إحدى الظواهر التى غزت كوكبنا وغيّرت من طريقة حياته وهى ظاهرة المعلوماتية. ورأينا أن هذه الظاهرة كان لها أبلغ الأثر على تطور قانون الصرف فى معظم أحكامه. وقد تحقق للبنوك حلمها الذى طالما راودها بالتححرر من طغيان الورقة وما يربّته استخدامها من كلفة فى الوقت والمال والجهد. فكان أن حدث التحول الجوهرى فى حياة البنوك على نحو غيّرته معه عملياتها من عمليات مادية تعتمد فى الأساس على الدعامة الورقية إلى عمليات غير مادية وسيلة إجرائها الدعامة الممغنطة. هذا التحول الذى تجسد من الناحية الواقعية فى الانتقال من الكميّالة الورقية التقليدية إلى الكميّالة الورقية المقترنة بكشف والتى نشأت كخطوة تمهيدية تسبق تعميم استخدام الكميّالة الممغنطة المقترنة بكشف أو ما درج على تسميتها الكميّالة الإلكترونية.

وكما بدا واضحاً فإن دراسة الكميّالة الورقية المقترنة بكشف قد كشفت عن إمكانية خضوع هذه الأداة لقواعد قانون الصرف الحالية مع

الحاجة فقط لتعديل بعض تلك القواعد لا سيما فيما يتعلق بإثبات الوفاء، وذلك بما يتلاءم مع إستخدام المعلوماتية فى تنظيم الأوراق التجارية. أما الكمبيالة الإلكترونية فالأمر جد مختلف. ففى ظل قواعد ترتكن فى تطبيقها إلى وجود سند ورقى تعجز هذه الدعامة الإلكترونية عن أداء دور الكمبيالة العادية من حيث كونها أداة إئتمان، الأمر الذى يجعل التقدم التكنولوجى الذى أحدثته المعلوماتية واستخدام الكمبيوتر بدون فائدة.

لذا فالمسألة تقتضى تدخل المشرع لوضع تنظيم قانونى حديث يتفق مع استخدام الكمبيوتر فى تنظيم أدوات الوفاء والإئتمان. ولكن يظل التساؤل مطروحا حول ما إذا كانت الجهود التشريعية والإجتهادات القضائية قادرة على إيجاد حلول لكل المشكلات المعقدة التى تنشأ عن استخدام الكمبيوتر فى مجال العمليات المصرفية. هذا ما يأمل الجميع رؤياه مع اليوم الذى يتم فيه تعميم الكمبيالة الإلكترونية وانحسار العمل بالكمبيالة العادية "الورقية".

مراجع الدراسة

أولاً : باللغة العربية:

- ١- د.أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، ٢٠٠٠.
- ٢- د. شوار عيد، الاسناد في الأوراق التجارية - الجزء الأول.
- ٣- د. حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٧.
- ٤- رأيت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ١٩٩٩.
- ٥- طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، المنشورات الحقوقية ، صادر، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- ٦- د. علي البارودي و د. فريد العريني، القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.
- ٧- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.
- ٨- د.فايز رضوان، الأوراق التجارية ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، دار النهضة العربية.
- ٩- د. مختار بريري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية ١٩٩٦.
- ١٠- د. محمد بهجت عبد الله قايد، عمليات البنوك والاقلاس، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.
- ١١- د. مصطفى طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- ١٢- محمد مرسى زهرة، مدى حجة التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"، المجلة العربية للعلوم الانسانية، العدد ٤٨، ١٩٩٥، السنة ١٢.

- 1- Catherine MALECKI, Regards sur le Formalisme cambiaire à L'heure de la signature électronique, JCP-La semaine juridique entreprise et affaires, No 51-52, décembre 2000.
- 2- Couret, Devèze, Hirigoyen, Lamy Droit du Financement 1992, No 1804 et s.
- 3- Deschanel, lettre de change-relevé, J.Cl. Banque credit, Fasc. 440.
- 4- Elise Daragon, Etude sur le statut juridique de L'information, D. 1998. Maric-Jeanne CAMPANA, De l'influence des technologies modernes, Rapport introductif, Revue de Jurisprudence commerciale, Janvier 2001.
- 5- Eyat Chvika, Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de credit, Dalloz, 2000, No.4.
- 6- Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire, 6e édition, Dalloz.
- 7- François Guy Trébulle, l'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, Revue de droit bancaire et financier No 2, 2000.
- 8- G. SUANT, La modernisation des technique de paiement et de recouvrement et la rôle du C.F.O.N.B. en 1987, Banque , 1988.
- 9- G. SUANT, Normalisation des effets de commerce et marquage magnétique, Banque, Septembre 1981.
- 10- Garance MATHIAS et Jean-Michel SAHUT, La Banque et Internet, computer and Telecoms law Review 1992/2.

- 11- GRUA, Les contrats bancaires, Economica, 1990.
- 12- H. SINAY, La situation juridique du donneur d'aval, RTD `com. 1953,
- 13- Hervé Bouilhol, Les aspects Juridiques du commerce électronique, Banque and Droit No 60 – Juillet – août 1998.
- 14- Herbert MAISH, La modification du droit sous L'informatique: des L'informatique: Aspects du droit public, J.C.P. Éd. F. 1983. I. 3101.
- 15- J. HUET et H. MAISL, Droit de L'informatique et Télécommunications, Litec, 1989.
- 16- J. HUET, La modification du droit sous L'influence de L'informatique: Aspects du droit privé, J.C.P. Éd. G. 1983. I. 3095.
- 17- J. HUGON, «une petite révolution: Le paiement des marchés Public par L.C.R.», Rev. dr. bancaire 1988.
- 18- Jean Devèze et Philippe Pétel, Droit commercial, instruments de paiement et de credit, montchrestien, 1992.
- 19- Jean-Louis Rives-Lange, Monique contamaine-Raynaud, Droit bancaire, 6^e édition, DALLOZ, DELTA.
- 20- Leclercq et Gérard, L'evolution du droit des effets de commerce sous L'influence de L'informatique, Rev. dr. bancaire et de la bourse 1989.

- 21- M. Chanteux-Bui, le refus d'accepter une lettre de change, RTD com. 1978.
- 22- M. Perdrix, La réforme des circuits d'échange des effets de commerce, Banque, 1983
- 23- M. VIVANT, Le Fondement Juridique des obligations abstraits, D 1978-ch. 39.
- 24- Michel Jeantin, Paul le Cannu, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz, 1999 5^e édition.
- 25- Michel Vasseur et Xavier marn, Les comptes en banque, Tome I, 1966.
- 26- Michel Vasseur, La lettre de change relevé, De L'influence de L'informatique sur le Droit, éditions Sirey, 1976: RTD com 1975
- 27- Michel VIVANT, A propos des «biens informationnels», J C P . Éd G. 1984, I, No 3132.
- 28- Montout Roussy, la situation juridique ambiguë du donneur d'aval, D. 1974,
- 29- Olivier Hance, internet et le droit, Aspects Juridiques du commerce électronique, Éd. 1996.
- 30- P. Nataf et J. Lightburn, la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information: JCPE 2000.

- 31- Pierre-Yves Gautier, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, J.C.P. Éd. G., No 24 – 14 Juin 2000.
- 32- R. Jacqueline, La lettre de change relevé, Banque, No spécial-Mars 1972.
- 33- 33-R. Jacqueline, La Place des effets de commerce et des effets financiers dans le système bancaire français, Banque, 1975.
- 34- Richard Routier, responsabilité du banquier, L.G.D.J., 1997.
- 35- Rives-Lange et contamaine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 5² éd. 1990.
- 36- Thierry PIETTE – COUDOL, La signature électronique. Éditions Litec, 2001.
- 37- Thierry Piette- coudol et André Berteand, internet et la loi, 1997.
- 38- VIVANT, Le STANC, RAPP, GUÏBAL, Lamy droit de l'informatique, informatique-Télématique-Réseaux, LAMY S.A., 1992 ..

الفهرس

الصفحة	
١١	مقدمة
٢٥	الفصل الأول
	الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف
٢٧	المبحث الأول: إنشاء الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف
٣٩	المبحث الثاني: حياة الكمبيالة الورقية المقترنة بكشف
٤٩	المبحث الثالث: الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف
٤٩	المطلب الأول: ضمانات الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف
٦٠	المطلب الثاني: أحكام الوفاء بالكمبيالة الورقية المقترنة بكشف
٦٢	الفرع الأول: تقديم الكمبيالة المقترنة بكشف للوفاء
٦٨	الفرع الثاني: إثبات الوفاء بالكمبيالة المقترنة بكشف
	الفرع الثالث: الوفاء الجزائي والامتناع عن الوفاء بالكمبيالة
٧٦	المقترنة بكشف
٨٥	الفصل الثاني
	الكمبيالة الممنطقة المقترنة بكشف
٨٦	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للكمبيالة الالكترونية
٨٩	المبحث الثاني: القواعد الحاكمة للكمبيالة الالكترونية
٩٣	الخاتمة
١٠١	الفهرس

التعسف في استعمال الحق الإجرائي

دراسة في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م

دكتور

نجيب أحمد عبد الله

أستاذ قانون المرافعات المشارك - رئيس قسم قانون المرافعات

بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

مقدمة وأهمية البحث وتقسيمه:

المقدمة: لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه^(١)، لذلك كنلت الدساتير والقوانين الحديثة اقتضاء الحقوق، وعلى ذلك شكلت الدول سلطة خاصة للفصل في المنازعات (السلطة القضائية) ونظمت القوانين الإجرائية طريقاً (Voie de droit) للالتجاء إلى المحاكم وتستر الدعوى القضائية (Action en justice) من أهم خصائص القانون الإجرائي (قانون المرافعات)، أو ما يسمى بقانون القضاء، فهي تحتل مكاناً هاماً في هذا القانون^(٢)، لأن هدف هذا القانون تقرير ما إذا كان المتقاضى محقاً أو غير محق.

ولم تستر فكرة الدعوى كفكرة قانونية في الفقه حتى الآن^(٣)، لذلك يجمع الفقه الإجرائي على أن دراسة نظرية الدعوى من أكثر موضوعات هذا الفقه دقة وصعوبة^(٤)، ويرجع ذلك إلى اختلاطها بكثير من المفاهيم القانونية القريبة منها كحق التقاضي، والمطالبة القضائية والخصومة^(٥)، وبضاف إلى ذلك أن كثيراً ممن تناولوا فكرة الدعوى من فقهاء القانون العام الذين دمجوا فكرة الدعوى بحق التقاضي فأصبحت ظاهرة دستورية من ظواهر القانون العام^(٦)، وقد ساعد على هذا الخلاف ندرة النصوص القانونية التي تنظم الدعوى في القوانين الإجرائية.

وهذا الاضطراب واضح في نصوص القانون اليمني السابق رقم (٢٨) لسنة ١٩٢م من خلال تعريفه للدعوى في المادة (٥٠) كما سيأتي ويتضح هذا الاضطراب من بعض نصوصه ومنها المواد ٥٠ إلى ٥٧) لأنه استخدم لفظ الدعوى في أكثر من مكان استخدماً غير صحيح، وكما يتضح ذلك من نص م(١٦٠) والتي تنص على أنه (إذا توقف السير في الدعوى ... الخ) والمقصود به الخصومة^(٧).

(١) راجع قاعدة لا يجوز لأحد أن يقتضي لنفسه - د/ سمير تناعو - النظرية العامة للقانون - الإسكندرية - ص ٦٢ رقم ٢٢.

(٢) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة للدعوى القضائية - دار النهضة العربية - مصر - ١٩٩٠ - ص ٥.

(٣) راجع د/ وجدي راغب - العمل القضائي - رسالة مطبوعة - ص ٤٥٠، د/ فتحي والي - الوسيط - دار النهضة العربية - مصر - ١٩٩٣ - ص ٤٤، د/ رمزي سيف - الوسيط - الطبعة السابعة ١٩٦٧ - ص ٣٨٥.

(٤) راجع أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - المكان السابق، د/ أحمد أبو الوفاء - الدفوع - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٩ - ٨٣٨ رقم ٤٥٩، د/ سعيد الشرعي - حق الدفاع - رسالة حقوق عين شمس ١٩٨٧م - ص ٧٤، رقم ٤٣، د/ إبراهيم نجيب سعد - القضاء الخاص ج ١ - الإسكندرية - ص ١٢٨.

(٥) د/ فتحي والي - الوسيط - المكان السابق.

(٦) راجع د/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٠ - ص ٢٠٣ - رقم ١٤٨.

(٧) راجع المواد (١٥٩، ١٥٣، ١٥٢، ٢٨٣، ٢١١، ٢١٣).

وقد حاول الفقه الإجرائي تحديد نظرية الدعوى تحديداً قانونياً من زاوية القانون الإجرائي لا من زاوية القانون العام أو الخاص، وقد استفاد واضعو مشروع قانون المرافعات من ذلك، ومن بعض النصوص التي وردت في التشريعات الحديثة كالنشرية الفرنسي والألماني والإيطالي .

وقد قنن المشرع اليمني وحدد في قانون المرافعات الجديد رقم (٤٠) الصادر في أكتوبر ٢٠٠٢م الدعوى وماهيتها وشروطها، وميز بينها وبين غيرها من المصطلحات الأخرى مستعملاً كل مصطلح بمدلوله العلمي الصحيح، الذي أرسى قواعد الفقه الإجرائي.

وإذا كانت الحقوق الإجرائية الأخرى تتولد أو تنشأ من استعمال حق الدعوى^(١) لذلك سنحاول الكلام عن فكرة التعسف في استعمال هذا الحق طبقاً لقانون المرافعات والتنفيذ المدني الجديد المادة (١٧) والتي تنص على أنه (حق الإدعاء والدفاع مكفولان أمام القضاء وفقاً لأحكام القانون) وكان النص في المشروع ولا يجوز التعسف في استعمالها، وهذه المادة تقرر فكرة (التعسف باستعمال الحق الإجرائي) في قانون المرافعات - القانون الإجرائي أو قانون القضاء - بعدما كانت مقننة في النظرية العامة للقانون (القانون المدني) ، وأضحت بذلك فكرة عامة تخص قانون المرافعات - القانون الإجرائي أو قانون القضاء .

وبذلك يكون قانون المرافعات اليمني الجديد قد تبني (فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي) لأول مرة كفكرة عامة، وقد وردت المادة السابقة تحت عنوان المبادئ الحاكمة في التقاضي، أي أنها تسرى على جميع الحقوق المستعملة أمام القضاء، وهذا المبدأ يقصد به عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية (حق الإدعاء، وحق الدفاع)، والتي تتولد عند استعمال حق الدعوى، وهو مبدأ إجرائي عام فالحق في الإدعاء والحق في الدفاع شرعا لتحقيق غاية محددة هي الدفاع عن الحقوق، فإذا انحرف المتقاضون في استعمالها وصولاً بالإضرار بالآخرين، كان يرفع أحد الخصمين دعواه بقصد التشهير بخصمه كان متعسفاً في ممارسة حقه، وهناك صور كثيرة للتعسف في استعمال هذا الحق، ولهذا كان النص على هذا المبدأ أمراً ضرورياً في إطار المبادئ الحاكمة في القانون المذكور.^(٢)

أهمية البحث وتقسيمه:

تتضح أهمية هذا البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية: ما هو الحق بشكل عام؟ وما هو الحق الإجرائي بشكل خاص، وما معيار التعسف في نطق الحقوق الإجرائية؟ وما طبيعة الجزاء المترتب

(١) استأثنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص ٩ مرجع سابق

(٢) المنكرة التفسيرية لمشروع القانون - مطبوعات مجلس النواب ٢٠٠٠م - ص ٢٠ وما بعدها

على استعمال الحق الإجرائي استعمالاً منحرفاً؟ لذلك نقسم هذا البحث إلى سبعة مباحث وخاتمة عنى النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي.

المبحث الثاني: أركان الحق الإجرائي .

المبحث الثالث: نطاق الحق الإجرائي .

المبحث الرابع: شروط الحق الإجرائي.

المبحث الخامس: معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

المبحث السادس: جزاء التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

المبحث السابع: التنازل عن الحق الإجرائي .

الخاتمة .

المبحث الأول

تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي

نتكلم في هذا المبحث عن تعريف الحق في النظرية العامة ثم عن تعريف الدعوى والحق الإجرائي، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول: تعريف الحق في النظرية العامة .

المطلب الثاني: تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي .

المطلب الأول

تعريف الحق في النظرية العامة

إذا كان التعسف لا يرد إلا على حق استعمله صاحبه، فالتحرف في هذا الاستعمال لذلك سنحاول تعريف الحق في الفقه الإسلامي وفي القانون.

أ - تعريف الحق في الفقه الإسلامي:

يعني الحق في اللغة: الثبوت، والوجوب، كما تعني العدالة، كما ورد (الحق) اسم من أسمائه تعالى، والحق الواجب الذي ينبغي أن يطلب^(١)، ولا يخرج تعريف الحق عن هذا المعنى عند الفقهاء المسلمين فهم يستخدمون لفظ ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه، ويرد على كل عين أو منفعة يكون للإنسان الحق في المطالبة بها^(٢).

وقد عرفه البعض (بأنه قدرة أثبتها الشرع للشخص والمجتمع، أو لجهة حكومية على الاستئثار بمصلحة شرعية)^(٣).

ب - تعريف الحق لدى الفقه القانوني:

اختلف الفقه القانوني في تعريف محدد الحق فممن من نظر إلى شخص الحق، وهذا هو المذهب الشخصي، وممن من نظر إلى محله، وموضوعه، وهذا هو المذهب الموضوعي، وهناك تعريف حديث للحق، عرف باسم النظرية العامة للحق.

(١) راجع لسان العرب ابن منظور - باب الحاء، راجع تفصيلاً معجم ألفاظ القرآن الكريم ص ٢٧٦، وما بعدها، راجع - كتاب التعريفات - علي الشريف الجرجاني - لبنان ١٩٧٨م - ص ٩٤ .

(٢) حاشية رد المحتار للحلي - ج ٤ - ص ٦٧، على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - ص ٢٨، راجع تفصيلاً د/سيد الشرعبي - حق الدفاع - رسالة حقوق عين شمس ١٩٩٧م - ص ٤٩، وما بعدها، وما أشار إليها من مراجع.

(٣) المكان السابق .

١- المذهب الشخصي للحق: عرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه ذلك (القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم) وهذا التعريف يعتمد على المذهب الفردي، وما يفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن إرادة الشخص هي التي تملك خلق الحقوق وإنشاءها، كما تملك تغييرها وإنهاءها^(١). وقد انتقد هذا التعريف بالقول بأن الحق قدره إرادية يتناقى مع ما هو مستقر في كل الشرائع من أن لعديمي الإرادة حقوقاً، كما لحائزها سواء بسواء، كذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلاً، كما يتناقى هذا الاتجاه في تعريف الحق مع وجود أشخاص معنوية، أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية، وخلاصة ذلك أن هذا التعريف يخلط بين وجود الحق وبين مباشرته فيضع شرطاً لهذا الوجود ما قد تتطلبه المباشرة^(٢).

٢- المذهب الموضوعي: ينسب هذا التعريف للفقهاء الألماني (أهرنج) الذي هاجم الاتجاه الشخصي للحق، وحاول إيجاد تعريف آخر موضوعياً، فنظر إلى الحق من خلال موضوعه، والغرض منه. وقال أنه (مصلحة بحميها القانون) وذهب إلى ذلك القانون المدني اليميني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بمادته رقم (١٢١) والتي تنص على أن الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً، وأن كان هذا التعريف قد لاقى قبولاً في الوسط القانوني إلا أنه لم يسلم من النقد، فهذا التعريف غير جامع وغير مانع، فالمنفعة أو المصلحة جوهر الحق، لا يشترط أن تكون مصلحة مادية، فقد تكون مصلحة معنوية، كما أن هذا التعريف يضيف إليها عنصراً آخر هو عنصر الحماية القانونية التي يسبغ على المصلحة^(٣)، كما أن المصلحة لا ترتفع إلى مرتبة الحق، كما انتقد هذا التعريف على أنه تعريف غائي لأن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق، والمقصود من تعريف الحق هو تعريف الحق نفسه لا التعريف بغايته، أو أهدافه لذلك لم يصد هذا التعريف كثيراً لأنه يعرف الحق بأشياء خارجة عن كيانه الذاتي، كالمصلحة وهي الغرض منه، وهي وسيلة حمايته^(٤).

٣- النظرية الحديثة للحق: أمام فشل الاتجاهات السابقة بتعريف الحق ظهر اتجاه حديث يعرف الحق بأنه (الرابط القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص - على سبيل الانفراد والاستثناء - السلط - على شيء أو اقتضاء أو أداء معين من شخص آخر)^(٥)، وهذا التعريف يشتمل على ثلاثة عناصر وهي روابط اقتضاء، وهي تلك التي لا تكون إلا بين شخص وشخص لأنه تقتضى إلزاماً بأداء معين والإلزام لا يتصور وقوعه إلا على عائق الأشخاص وحدهم، وروابط سلط وهي

(١) عرض ذلك د/ حسن كيرة - أصول القانون - ١٩٥٧م ص ٥٥٣ .

(٢) المكان السابق .

(٣) راجع تفصيلاً د/ حسن كيرة - ص ٥٥٦ - مرجع سابق .

(٤) المكان السابق ص ٥٥٨ .

(٥) راجع تفصيلاً المكان السابق - ص ٥٦٧ رقم ٤٣٩ .

تلك التي لا تتصور إلا في شخص على شيء، لأن التسلط عطه الأشياء لا الأشخاص. وروى الاستئثار بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء، وهذا يعني أن يكون التسلط، أو الإقتضاء ثابتاً لشخص، أو أشخاص معينين على سبيل الأفراد، أو الاستئثار أو الاختصاص.^(١)

نخلص من ذلك إلى أن تعريف الحق بالفقه الإسلامي بأنه قدرة أئنتها الشرع للشخص والمجتمع أو لجهة حكمية على الاستئثار بمصلحة شرعية وقانونية هو الأقرب إلى الصواب، وهو ما يتفق مع تعريف النظرية العامة للحق في الفقه القانوني.

المطلب الثاني

تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي

نحاول تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي من خلال التعريف السابق للحق، ومن خلال ما ذهب إليه الفقه الإجرائي الحديث الذي يسعى لوضع مفاهيم ونظريات جديدة للقانون الإجرائي بعيداً عن فقه النظرية العامة أو القانون الموضوعي.

مع ملاحظة خضوع مجموع الحقوق الإجرائية للمتقاضين في تنظيمها لقانون المرافعات ولا تخضع للقانون (الموضوعي) القانون العام أو الخاص^(٢)، ويكون مجموع الحقوق الإجرائية للمتقاضين (شخص الدعوى) إنما هي مظهر استعماله لحق الدعوى القضائية.

وبالتالي يتمثل الحق الإجرائي في أن قانون القضاء (المرافعات) هو الذي ينظمه، ويتولد عن استعمال حق الدعوى القضائية، ولا يستعمل إلا أمام القضاء^(٣) لذلك نحاول تعريف الدعوى القضائية ثم نعرف الحق الإجرائي .

أولاً: تعريف الدعوى القضائية:

(١) راجع تفصيلاً المكان السابق - ص ٥٦٠، راجع د/ جميل الشرفاوي - مصادر الالتزام - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية - ص ٣ وما بعدها.

(٢) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٩م ص ٢٢
أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطيه - نحو فكرة العامة للدعوى القضائية - ص ٦، د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٦٨٥، د/ سعيد الشرعي - الرسالة السابقة - ص ٤٣٠، د/ أحمد حشيش - الدفع بعدم القبول - رساله حقوق الإسكندرية - ١٩٨٦ ص ٤٣

(٣) المكان السابق .

سبق القول أن هناك خلافاً كبيراً في الفقه والقوانين المعاصرة على تعريف الدعوى، وقد زاد من هذا الخلط المصطلحات المستخدمة للدعوى، فأحياناً تعني المطالبة القضائية، فيقال رفع شخص الدعوى، أي قدم طلباً إلى القضاء، وأحياناً أخرى يقصد بلفظ الدعوى الإدعاء فيقال البينة على من ادعى، وأحياناً تستعمل الدعوى بمعنى الحق في حكم مضمون معين لصالح المدعي^(١). وأن كان الأمر كذلك كان كل فقيه يقدم تعريفاً للدعوى هو في ذاته تعريفاً صحيحاً بالنسبة لما يقصده، ولكنه لا ينطبق على كل الاستعمالات التي يستعمل فيها لفظ الدعوى، ولا ينبغي بالضرورة صحة التعريف الآخر الذي يستكره^(٢).

وقد عرف قانون المرافعات اليمني الدعوى بالمادة (٧٠) والتي تنص على أنه (الدعوى هي الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي إدعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية)، وهذا التعريف - كما جاء في المذكرة التفسيرية - نقل عن الفقهاء المسلمين (الفقه الحنفي)، وأن تعريف الفقه الحنفي للدعوى يتفق مع الفقهاء القانونيين المحدثين في تعريف الدعوى^(٣)، ويتلخص تعريف الدعوى وفقاً للفقه الإسلامي (الفقه الحنفي) أن الدعوى (قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير)^(٤)، وبهذا التعريف يكون القانون قد انصرف عن التعريف السابق للقانون الملغى والذي كان يعرف الدعوى على أنها (الوسيلة القانونية للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء)^(٥) وتعريف الدعوى في القانون الجديد يعطيهما نعت الحق وعلى ذلك يكون لصاحب هذا الحق رفع الدعوى إلى القضاء إذا توافرت شروط هذا الحق، وهو كذلك - حق شخصي إجرائي - يمكن

(١) راجع د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٤٥ - مرجع سابق .

(٢) راجع هذه الآراء لدى أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو - ص ٥٠، مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص ٢٠٢، مرجع سابق .

(٣) راجع المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الجديد - مطبوعات مجلس النواب ص ٤١ ، راجع تعريف الدعوى في الفقه الإسلامي تفصيلاً د/ سعيد الشرعي - الرسالة - ص ٢٨٦ وما بعدها وما أشار إليه من مراجع ، راجع م(٥٠) من قانون المرافعات السابق والتي تنص على أن الدعوى (...الوسيلة التي يخولها القانون للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق أو ضمان أو إثباته)، وراجع نقد التعريف في المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص ٤١ .

(٤) علي الشريف الجرجاني - التعريفات - ص ١٠٩ - مرجع سابق، سعيد الشرعي - ص ٢٩٠ وما بعدها - الرسالة .
(٥) راجع المادة (٥٠) من القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م، وراجع د/ عبد المنعم الشرفاوي، والدكتور/ عبد الباسط جميسي - قانون المرافعات، دار الفكرة القاهرة - ١٩٧٦م - ص ٢٠، د/ أحمد هندي - المرافعات - الإسكندرية - ١٩٩٥م - ص ٤٣٢، أستاذنا الدكتور/ أمينة النمر - الدعوى - الإسكندرية - ١٩٩٠م - ص ١١، راجع المادة (٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م.

التنازل عنه^(١)، وبذلك يكون المشرع اليمني قد استفاد من الفقه الإسلامي والفقه الإيجازي المعاصر في تعريف الدعوى القضائية الذي يعرف الدعوى بأنها (حق إجرائي وأساسي في القانون الإجرائي، يخول صاحبه القيام بأعمال إجرائية لتحقيق مصلحة يعترف بها القانون الإجرائي ويتمثل في إصدار تقرير قضائي)^(٢).

وقد اختلف الفقه المذكور عن تصور الطرف السلبى لحق الدعوى، ولأن كان الفقه السائد يرى أن الطرف السلبى هو القاضى^(٣)، وأساس هذا القول أن للقاضى الذى يتمتع عن إصدار حكم فى قضية صالحة للحكم فيها يكون مرتكباً لجريمة إنكار عدالة^(٤)، ويرى البعض أن الطرف السلبى هو المدعى عليه^(٥).

ونحن نميل إلى ترجيح الاتجاه الأول أي أن الطرف السلبى هو القاضى الذى يلتزم بأن يقول كلمته فى حق تأسيس الإدعاء وهذا هو الراى الذى نادى به (H. Motulsky) فى الفقه الفرنسى واعتمده قانون المرافعات الفرنسى، وقانون أصول المحاكمات اللبنانى، والقانون اليمنى. فالقاضى عليه واجب إزاء الدولة والأفراد وهى علاقة ينظمها قانون القضاء (قانون المرافعات)^(٦). ذلك أنه لا يجوز للقاضى أن يتعرض لدعوى من تلقاء نفسه طبقاً للقاعدة الإجرائية المعروفة (لا يجوز للقاضى أن يتعرض

(١) د/ ربيع أنور - مؤتمر التحكيم المريش - ١٩٨٧ - مناقشات حول طبيعة الدفع بالتحكيم - ص١٢٣، إعداد أحمد جامع - القاهرة - ١٩٨٨ .

(٢) راجع د/ محمد إبراهيم زيد - قانون الإجراءات الجنائية اليمنى - ١٩٨٦ ص٦٨، راجع د/ حسن كيرة - ص ١١٤٤، رقم (٤١٣) مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ عزمى عبد الفتاح - ص١١٧ مرجع سابق، د/ فتحي والى - الوسيط ص ٥٤ رقم (٢٧) مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص٢٠٣، د/ سعيد الشرعبي - ص ٢٨١ الرسالة السابقة، وهذا التعريف ينسب إلى (Motulsky) فى الفقه الفرنسى، راجع أحمد هندي - المرافعات - ص٤٣٧، د/ أحمد خليل - قانون المرافعات الإسكندرية - ١٩٩٥م - ص ٢٢٥، أحمد حشيش، ص٢٦١ وما بعدها - الرسالة.

(٣) أستاذنا الدكتور/ عزمى عبد الفتاح - ص١١٥ مرجع سابق، د/ سعيد الشرعبي - الرسالة السابقة - ص ٢٩٠. راجع د. فتحي والى - الوسيط - ص ٥١ رقم ٢٥ . فالمذهب الشخصى ينظر إلى الحق نظرة شخصية، ولذا يصرفه بأنه (رابطة قانونية) والمذهب المادى ينظر إليه نظرة ذات قيمة مالية، ولذا يقال أنه (سلطة مباشرة على شئ) - ومن حاول التوفيق بين المذهبين بالقول (علاقة قانونية)، راجع فى تفصيل ذلك، د/ جميل الشرفاوى - مصادر الالتزام - ص٨ وما بعدها - مرجع سابق .

(٤) المكان السابق، راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون ص ٤١ .

(٥) د/ فتحي والى - الوسيط - ص ٥٧ رقم (٥٨)، د. حسن كيرة - ص ١١٤٤ رقم (٤١٣) هامش رقم (٤)، قارن أحمد حشيش - ص ٢٦٣ - المكان السابق.

(٦) راجع د/ فتحي والى - الوسيط - المكان السابق .

لخصية من تلقاء نفسه) لأن صاحب الحق يبيد دعوى هو الذي يحرك ولاية القضاء وتحديدها في محلها الإدعاء.^(١)

وإذا كانت الدعوى القضائية حقاً إجرائياً، فإن هذا الحق ليس حقاً مالياً، وعلى ذلك فهذا الحق لا يخضع للقواعد العامة للحق المالي الواردة في القانون الموضوعي (مدني - تجاري... الخ) وإنما يخضع لقواعد إجرائية خاصة واردة في القانون الإجرائي قانون القضاء (المرافعات). لذلك يجب النظر إلى حق الدعوى القضائية أنه تطبيق خاص (أي له ذاتية واستقلال) للفكرة العامة للحق، ويجب النظر إليه من زاوية أنه حق إجرائي لا من زاوية القانون العام والخاص.^(٢)

لذلك تختلف الدعوى القضائية عن الدعوى المعروفة في القانون الموضوعي - مدني تجاري... الخ، فدعوى المسؤولية المنظمة في القانون المدني، ودعوى شهر الإفلاس المنظمة في القانون التجاري - لأنها منظمة في جميع الأحوال والشروط وإذا توافرت حصل صاحب الدعوى على حكم في الدعوى لصالحه أي أنها وسيلة لتقرير الحقوق.^(٣)

وحق الدعوى يخلو صاحبه القيام بأعمال إجرائية محددة لتحقيق مصلحة ممثلة في قرار الفاسي، ويتولد من استعماله مجموعة من الحقوق على جانبيه كل منهما في مواجهة الآخر (المدعي والمدعى عليه)، والقانون الإجرائي (المرافعات) يطم صفة حاصلة مركزهم ونشاطهم في كل مرحلة، لهذا لم ينكر الفقه الإجرائي فكرة الحق الإجرائي التي تتمثل في السلطة التي يمنحها القانون لصاحب الحق .

ويتكون حق الدعوى القضائية من سلطات بل مجموعة من السلطات، والالتزامات. واجبات بنص القانون لضمان تحقيق الغاية المرجوة من الدعوى. ومن هنا ينكر الفقه الحديث فكرة الروابط القانونية ويستبدلها بفكرة المراكز القانونية^(٤)، ويكون هذا لحق ملك أصحابه فيما يتعلق بطرحه على القضاء، ولأن الالتجاء إلى القضاء مكفول للكافة^(٥)، لا أنه متى تم الالتجاء إلى القضاء بحرية، فعلى الخصوم أن يتقيدوا بما يفرضه حس سير العدالة - من مواعيد - مع إغفال إرادتهم كلية.^(٦)

(١) المكان السابق - ص ٢٠

(٢) أحمد حشيش - رسالة - سادات لدعوى عرشي عند الفتح - ص ١١٥ - مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد مسلم - أصول قانون المرافعات - القاهرة - ١٩٦٨ - ص ٣١٠ .

(٤) لساناتنا المذكورة/ أمينة النور - قوانين المرافعات - منشأة المعارف - الإسكندرية - ج ١ ص ٤١ رقم (٢٢)، د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٥٨ رقم (٣١) - مرجع سابق، فاروق أحمد حشيش - ص ٢٦٣ - الرسالة.

(٥) (كاريتونسي) في الفقه الإيطالي أشار إليه د/ محمد إبراهيم زيد - ص ٢٢ - مرجع سابق، ويرى البعض أن فكرة (الروابط) القانونية تؤدي بالضرورة إلى إنكار ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق القاضي بالصل في مواجهة الأطراف في الدعوى مع العلم بأن هذا ذا طبيعة دستورية، راجع د/ محمد إبراهيم زيد - ص ٢١ - مرجع سابق.

ثانياً: تعريف الحق الإجرائي:

عرف القانون اليمني الحق الإجرائي بحق الإيداع والدفع م (١٧) من القانون، والتي تنص على أنه: (حق الإيداع والدفع مكفولان أمام القضاء

لذلك سنحاول تعريف الحق الإجرائي من خلال هذا النص، ومن خلال المفهوم السابق لحق الدعوى. ذهب الفقه السائد إلى تعريف هذا الحق بأنه عبارة عن (مكته أو تسلط^(١) إرادية يمنحها القانون لشخص لتحقيق مصلحة ذاتية، أما الواجب الإجرائي فهو مجرد نشاط يظهر في صورة خضوع أو امتثال لحق إجرائي أو لسلطة إجرائية).^(٢)

وقد قيل - بحق - أن مصطلحات (المضمون الإيجابي) - السلطة - المكته - القدرة^(٣) - الميزة - الرخصة - الاستطاعة - تعبر عن أمر واحد يتمثل في مضمون إيجابي.^(٤)

وهذا الحق يكون للمدعي والمدعى عليه معاً، لأن المدعي من يطالب غيره بحق - يذكر استحقاقه - والمدعى عليه هو المطالب، وكل خصم في الخصومة أما أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه، وهذا المركز هو لتفسير الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الخصم أثناء الخصومة.^(٥)

لذلك فالحق الإجرائي هو القدرة على تحقيق هدف في مواجهة الولاية الإجرائية بمعنى أن السلطة المخولة للخصم تهدف إلى توفير الإمكانية والفعالية لممارسة السلطة من جانب القاضي الذي يسيطر

(١) ويفرق البعض بين السلطة، والمكته، فالسلطة ولاية على الغير تمنح لشخص لمصلحة غيره، أو للمصلحة العامة كالسلطة الأبوية أو السلطة العامة أما المكته فتتمتع لمصلحة ذاتية، راجع د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٢٩٩ - رقم ١٩٦، أحمد حشيش - الرسالة - ص ٢٦٣، ٢٧٢ وما بعدها، قرن د/ وجدي راغب - مبادئ الخصومة المدنية - ١٩٧٨ - ص ١٣٧.

(٢) د/ فتحي والي المكان السابق، استأذنا الدكتور/ نبيل عمر - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - ص ٢١٠ رقم (١٥٢)، د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٢٣٧، د/ سعيد الشرعي - الرسالة السابقة - ص ٤٢٧.

(٣) يعرف البعض الحق الشخصي الإجرائي بأنه (قدرة طرف الخصومة المدنية تحدها وتضمها قواعد القانون الإجرائي) راجع د/ محمد عبد الخالق عمر - الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة - مجلة مصر المعاصرة ١٩٧٠ - ص ١٢٣.

(٤) موتولسكي - الحق الذاتي والدعوى التضائية - ص ١٩٤ أثار إليه أحمد حشيش - الرسالة - ص ٦٤، راجع د/ إبراهيم نجيب سعد - قانون القضاء - ج ٢ - ص ١٦.

(٥) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٢٣٤، د/ سعيد الشرعي - ص ٤٢٧، المقصود بفكرة المراكز القانونية ما تربيته القاعدة القانونية من حقوق والتزامات أو مكثات (Faculties) أو أعباء (Charges)، صحيح أن هذه المراكز قد تكون أثاراً لعمل قانوني معين يقوم به الشخص بإرادته، فيبقى القانون مع ذلك هو المصدر المرتب لهذه المراكز بالإضافة إلى دوره كمصدر مسبب لها، راجع في فكرة المراكز القانونية د/ سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - رقم ١٩ - ص ٢٣، استأذنا الدكتور/ نبيل عمر - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - ص ٢١.

على الدعوى^(١)، وهنا يتضح أن مجموعة الأعمال الإجرائية للمتقاضي (شخص الدعوى)، إنما هي مظهر استعماله لحق الدعوى القضائية.^(٢)

والفقه الإبرائي يعتمد بهذا الحق أيضاً في مجال الدعوى الجنائية^(٣)، على اعتبار أن الحق الإبرائي منظم في القانون الإبرائي، وإن الدولة تعمل دائماً عن طريق القانون على تحديد سلطات (Poteri) وواجبات (doveeri) خاصة بهدف تسليح ذاتها لاحتمال ضرورات المحافظة على النظام القانوني، فأنها أيضاً تعترف بأنه، لمصلحة هذا النظام القانوني ذاته من الضروري تقيد سلطاتها والاعتراف للأفراد بسلطة تحريك حق الدولة في حماية مصلحتها، أو الامتناع عن القيام بهذه الحماية، ومن هنا ظهر الحق الشخصي كسلطة (Poteri) وليس التزاماً لأحد الأفراد في طلب، أو عدم طلب تدخل الدولة للقيام بالالتزام الذي يقع على عاتق الآخرين تجاه هذا الفرد، وهذا الحق يتضمن رخصة التصرف أو عدم التصرف، وحرية الإرادة في هذا التصرف لذلك فقد قيل بحق أن الحق الإبرائي (الإدعاء) هو الذي يحرك الشخص الإبرائي (القاضي) أما قبل الإدعاء فلم تكن الدعوى قد برزت بعد، بل لم تكن الحاجة إليها قد لحت بعد، لذلك فإن تحريك الدعوى هو العمل الاقتحائي لها وبه تنتقل إلى سلطة القاضي.^(٤)

مما سبق نرى أن ما ذهب إليه بعض الفقه الإسلامي والفقه الإبرائي الحديث، وما قننه قانون المرافعات اليميني بأن الدعوى حقاً شخصياً إبرائياً هو التعريف الأقرب إلى المفاهيم الإبرائية، كما أن تعريف الحق الإبرائي المتولد عن استعمال حق الدعوى يكون في مضمون إيجابي مكته، أو قدره، أو سلطة، هو الأقرب إلى الصواب، وهذا الحق يكون لأطراف الدعوى المدعي والمدعى عليه معاً، وأن الطرف السلبي فيه هو القاضي الذي ينظر ويقرر ما يراه.

(١) راجع د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٥١ رقم ٢٥، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - سقوط الحق - ص ٢٢، د/ طلعت ديسدر - سقوط الخصومة - رسالة حقوق الإسكندرية ١٩٩٢ - ص ٦٩، د/ سعيد الشريعي - الرسالة - ص ٤٣٧

- مرجع سابق، د. عبد الفتاح الصيغي - حق الدولة في العقاب - ط ٢ - ١٩٨٥ - ص ١٨١.

(٢) د/ أحمد حشيش - الرسالة - ص ٢٦٤، أستاذنا الدكتور نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص ٥١٥ .

(٣) د/ محمد إبراهيم زيد - ص ٦٩ - مرجع سابق، فهو يرى أن الحق الشخصي للدعوى الجزائية في تحليل فكرة حق الدولة في العقاب، وأن حق الدولة (Pretese) في العقاب هو الحاجة إلى هذا الطلب، راجع م(١١) من قانون إنشاء النيابة العامة لسنة ١٩٧٧ والتي تنص على أنه (صاحب الحق في رفع ومباشرة الدعوى...).

(٤) د/ عبد الفتاح الصيغي - حق الدولة في العقاب - ص ١٨١.

المبحث الثاني

أركان الحق الإجرائي

الركن هو الشيء الذي لا يقوم الحق إلا به ونعتقد أن أهم أركان الحق الإجرائي يكون في محله وأشخاصه. لذلك نتكلم عن أركان الحق الإجرائي في مطلبين محله وأشخاصه.

المطلب الأول

محل الحق الإجرائي

لم يتفق الفقه والتشريعات على تحديد مصطلح علمي لمحل الدعوى أو الحق الإجرائي، ومن استقراء القانون اليمني المادة (١٧) نلاحظ أن محل الحق الإجرائي هو (الإدعاء والدفع). وأن كان القانون يفصل بينهما إلا أنه جعل محل هذا الحق (الإدعاء والدفع) معاً، والواقع أن تحديد محل الحق الإجرائي في الإدعاء (الطلب) والدفع يحقق نتائج هامة ومنها انطباق شروط استعمال هذا الحق في كل دعوى أو طلب أو دفع يقدم إلى القضاء. فأي طلب يقدم إلى القضاء - قضائي - ولائي - وقطي - مستعجل - تنفيذ - وفي كل دفع موضوعي - إجرائي... الخ، يجب أن تتوفر فيه شروط محددة لذلك حاول القانون اليمني استخدام طلب ودفع في مواضعها وموقف القانون اليمني هو موقف بعض الفقه الذي يرى أن الدفع كالطلب^(١)، والذي يرى أن الدفع والإدعاء يعتبران دعوى^(٢)، ومهما كان الخلاف في ذلك إلا أن الإجماع منعقد على أن الطلب والدفع ينشأن من استعمال حق الدعوى، وأن شروطهما واحدة.

أولاً: الإدعاء:

يرى الفقه السائد أن (الإدعاء) (Prétention) هو محل (Objet) الحق في الدعوى القضائية^(٣)، وهذا ما اعتقه القانون اليمني في م(١٧)، والإدعاء بهذا المعنى هو استعمال حق الدعوى. ويكون بذلك

(١) استاذتنا الدكتور/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - الإسكندرية - ١٩٩٠ - ص ٢١، استاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة - ص ٦ - مرجع سابق، حكم محكمة النقض المصرية في ١٧/٤/ ١٩٧٦م لسنة ٢٧ ق ص ٩٩٥ - ورد في الطعن (أن المدعى عليه يصير بالدفع مدعياً إذا أقر بدفع ويمود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع)، راجع المادة (٨) من القانون العراقي سيق الإشارة إليه .

(٢) د. أمينة النمر - ص ١٦٣ - مرجع سابق .

(٣) د/ وجدي راغب - السنطرية العامة للمحل القضائي - رسالة مطبوعة - ص ٢٦٢، د/ أحمد خليل - قانون المرافعات - الإسكندرية ١٩٩٦، ص ١٩٩، استاذنا الدكتور/ نبيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - ١٩٨٢م لم

محل الحق الإجرائي^(١)، وهو تصور شخصي لما للواقع من حكم في القانون وقد يكون محقاً فيما يدعيه، أو غير محق، وهذا التصور يكون بشكل قانوني معين هو المطالبة القضائية^(٢). والأصل في الادعاء أنه رأي قانوني ذاتي نتيجة تطبيق الفرد للقانون على واقعة من وقائع حياته — ولكنه تعارض مع ظاهرة واقعية — ولذا يعتبر القانون الإجرائي أن (الادعاء) مجرد زعم أو قول يحتمل الصواب أو الخطأ^(٣)، وهذا يتفق مع تعريف بعض الفقهاء المسلمين للادعاء، الذي يعرف (الادعاء) بأنه قول مقبول يقصد به قائله المطالبة بحق له، أو لمن يمثله، أو بحق الله عز وجل، أو بحماية ذلك الحق^(٤).

ومن شروط المحل أن يكون موجوداً أو معيناً أو قابلاً للتعيين لذلك يجب أن تكون المطالبة القضائية الشكل القانوني للإدعاء واضحاً من حيث تعيين عناصره تعييناً نافياً للجهالة^(٥).

وتبدو أهمية محل الحق الإجرائي الإدعاء (الطلب) في أن القاضي يجب عليه التقيد بما يطلبه المتقاضى، لأن القاضي إذا لم يتقيد بمحل الطلب سيفاجئ الأطراف بحكم في موضوع لم يتناقشوا في وقائعهم، كما أنهم لم يطلبوا من القاضي الفصل فيه، أو أن محل الطلب سبق أن صدر به حكم وهو ما يثير دفعاً بحجية الشيء المقضي به^(٦).

وتحديد محل الحق الإجرائي - الدعوى أو الطلب - بـ (الإدعاء) يتفق مع بعض الفقه الإسلامي، الذي أشار إلى أن يكون الحق المدعى به معلوماً أي متصوراً في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي حتى يصدر حكمه على المطلوب (المدعى عليه)، لأن الشهادة، والقضاء بالمجهول متعذران، ولأن الفرض من الدعوى هو إصدار حكم يلزم المدعى عليه برد الحق لصاحبه، ولا يمكن الإلزام مع

يذكر مكان النشر - ص ٣٧٩، استأذنا الدكتور/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص ٣٠٨ - رقم (١٩٢)، راجع =

د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٤٤٧، د/ أحمد خشيش - ص ٢٧٥ - الرسالة السابقة، د/ فتحي والي - الوسيط

- ص ٤٦ رقم (٢٣)، استأذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص ١٦١، د/ إبراهيم زيد - ص ٧٠ مرجع سابق، د/

عبد الفتاح الصيبي - حق الدولة في العقاب - ص ١٧٠ - مرجع سابق أحمد خشيش - ص ٢٧٤ - الرسالة.

H, MOTULSKY - P١٤٤، أشار إليه أحمد خشيش - المرجع السابق.

(١) د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - مرجع سابق - ص ٢١.

(٢) د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٧١، رقم (٤١).

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ١٣٦ - مرجع سابق، د/ عبد الفتاح الصيبي - ص ١٧٠ - مرجع سابق.

(٤) د. وجدي راغب - مبادئ - ص ١٣٦، مرجع سابق، د. فتحي والي - الوسيط - المكان السابق، راجع استأذنا

الدكتور نبيل عمر - الطعن بالتقاضي - الإسكندرية - ١٩٨٠م ص ١٦٠ وما بعدها.

(٥) راجع الجرجاني، التريفات - ص ١٠٩، وراجع تفصيلاً د. سعيد الشرعبي، ص ٢٨٦، الرسالة السابقة.

(٦) د/ وجدي راغب - مبادئ - المكان السابق.

(٧) د/ رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية تأصيلاً - ص ٢٩٦ وما بعدها.

الجهالة^(١)، لذلك قيل في الفقه الإسلامي أن الدعوى قول - أي إدعاء - يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير^(٢) وعلى القاضي إظهار ما هو ثابت في الشرع^(٣)، كما قيل أن المقصود بالطلب (بالفقه الإسلامي) هو أن يرفع المدعى دعواه لدى القضاء فإذا لم يقم المدعى بهذا الإجراء، فإن القاضي لا يستطيع أن يباشر نظره من تلقاء نفسه في أية قضية^(٤) وقد جاء في بدائع الصنائع (طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد، لأن القضاء وسيلة إلى حقه فكان حقه، وحق الإنسان لا يستوفي إلا بطلبه)^(٥)

والإدعاء يكون للمدعي والمدعى عليه، فصاحب حق الدعوى يضع ادعاءه أمام القضاء لينظر ما إذا كان هذا الإدعاء محققاً أو غير محقق، وبالنسبة للمدعى عليه يكون حقه في مناقشة أساس هذا الإدعاء^(٦).

ثانياً: الدفاع:

سبق القول أن الحق الإجرائي ينشأ باستعمال حق الدعوى القضائية، لذلك يتفق الفقه أن الإدعاء (الطلب) والدفع هو وسيلة لاستعمال الدعوى وبالتالي، فلا يقبل أيهما إلا إذا توافرت فيهما شروط قبول الدعوى كما سيأتي^(٧) لذلك يذهب بعض الفقه إلى أن الدعوى تشتمل على الإدعاء (الطلب) والدفع وكل منهما دعوى^(٨)، فالطلب والدفع هما أداة استعمال الدعوى أمام القضاء^(٩) لذلك فشرط قبولهما

(١) راجع د/ سعيد الشرعي - الرسالة السابقة - ص ٣٤٠ وما أشار إليه من مراجع .

(٢) الجرجاني - التعريفات - ص ١٠٩ مرجع سابق .

(٣) المكان السابق - ص ١٨٥ .

(٤) راجع تفصيلاً د/ محمد البكر - السلطة القضائية في النظام الإسلامي - الزهراء العربي - القاهرة - ١٩٨٨ - ص ٢٧٥ .

(٥) بدائع الصنائع - ج ٩ - ص ٤٠٩٢ نقلاً عن المكان السابق .

(٦) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ٦٣ مرجع سابق .

(٧) راجع د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٥٧٧، د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٢٠١ - مرجع سابق .

(٨) من هذا الرأي أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - الدعوى - ص ١٢٥، د/ أحمد هندي - المكان السابق - ومع هذا السراي القانون اليمني الملغى رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م (١٣٢) والتي عرفت الدفع بقولها (الدفع دعوى يبيدها ... السخ)، والمادة (٨) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٨م، والتي نصت على أنه (الدفع هو الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه ...).

(٩) د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٢٠١، أستاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص ٢٧٢ رقم (١٧٢) - مرجع سابق .

واحدة^(١)، وقيل أن حق الدفاع هو الطريقة المثلى، والسليمة والإيجابية والاجتماعية للرد على اغتصاب الحق، والاعتداء، وهو سلاح الخصوم المشروع للدفاع عما أصابهم من حيف وظلم.^(٢)

وقد ذهب القانون اليمني م (١٧) إلى أن الدفع يكون محلاً للحق الإجرائي شأنه في ذلك شأن الإدعاء كما سبق.

ولم يتفق الفقه الإجرائي على تعريف محدد للدفع، إلا أنه ذهب بعض الفقه إلى تعريف واسع لحق الدفع ومنها:

عرف البعض الدفع بالقول بأنه (كل ما يخوله القانون للخصم من وسائل في الخصومة لتكوين الرأي القضائي لصالحه توصلًا إلى الحكم لصالحه في النهاية)^(٣)، هذا التعريف يشتمل على كافة صور الحماية القضائية، كما يشتمل على الوسائل الإجرائية التي تتاح للخصوم في ممارسة حق الدفاع،^(٤) والبعض يذهب إلى التمييز بين معنيين لحق الدفاع الأول: المعنى التقليدي ويقصد به (حق الخصم في أن يسمع القاضي وجهة نظره)، أما المعنى الثاني: فيقصد به (حق الخصم في مناقشة ما يقدمه الخصم من دفاع في القضية توصلًا لدحضه، وإقناع القاضي بإصدار الحكم لصالحه)،^(٥) وعرفه البعض بأنه (حق يكفل الحماية القانونية للمتناقضين، ويضمن لكل خصم التمتع بكافة الامتيازات، والضمانات القانونية التي تنتج له عرض وجهة نظره بصديق وإخلاص أمام قضاء محايد)^(٦).

غير أن التعريف الأخير يشتمل على العناصر التي يتكون منها حق الدفاع فهو يشمل الحقوق السابقة على الخصومة، والحقوق التي يمارسها الخصم أثناء الخصومة، وضمانات هذا الحق.^(٧)

ونخلص من ذلك أن محل الحق الإجرائي يكون في الإدعاء (الطلب) والدفع وهو بذلك يكون بالإدعاء (Pretention) المعروض على القاضي، أي ما يطلبه المتناقص من مباشرة الطلب وما يقدمه

(١) راجع د/ أمانة النمر - المكان السابق ص ٣٠٨ رقم (١٩٢)، د/ الشراقي وجيمي - شرح قانون المرافعات - ص ٢٠ وما بعدها - مرجع سابق .

(٢) راجع د/ محمد البكر - السلطة القضائية - ص ٢٧٥ - مرجع سابق، أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء - المرافعات ص ٢١١ رقم ٢٠١.

(٣) د/ وجدي راغب - دراسات - ص ١١٦ - مرجع سابق .

(٤) د/ سعيد الشرعي - ص ٢٩ - الرسالة السابقة .

(٥) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجبة - ص ٦ - مرجع مشار إليه .

(٦) د/ سعيد الشرعي - الرسالة السابقة - ص ٣٠ .

(٧) المكان السابق .

الخصوم من دفع، وهو بذلك يشمل جميع الطلبات بأنواعها والدفع بأنواعها^(١)، والقول أن الإدعاء والدفع - م(١٧) من القانون- هو محل الحق الإجرائي يؤدي إلى تفسير اختلاف السلطات أو المكنات في الحق، على اعتبار أن لمحل الحق أثراً كبيراً في تنويع سلطاته وتحديد مضمونه^(٢).

يجب أن يفهم من أن الحق الإجرائي ينشأ عن طريق استعمال الحق في الدعوى القضائية وهو ما يسمى بالطلب القضائي بمعناه الواسع الطلب والدفع بأنواعه والذي يعتبر الأداة المنظمة التي عن طريقها يمكن استعمال الحق في الدعوى القضائية، والطلب يتضمن (إدعاء) بمعنى أنه إذا استعمل الشخص حقه في الالتجاء إلى القضاء، فإنه بطرح إدعاء معيناً أمام المحكمة^(٣)، وللمدعى عليه الحق في دفعه وطرح ادعاءه^(٤)... وهكذا.

وهذا يؤدي إلى القول إنه لا توجد إلا دعوى واحدة لها غاية واحدة وهو الحصول على تقرير قضائي في الموضوع لذلك يرفض الفقه الإجرائي تقسيم الدعاوى إلى دعوى شخصية ودعوى عينية^(٥)... الخ.

كما نخلص إلى أن الفقه يتفق على أن شروط الحق الإجرائي الطلب (بأنواعه) والدفع (بأنواعه) هي شروط قبول الدعوى^(٦).

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة-ص ١٧٠- مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ أمينة النمر-ص ٣٨ رقم (١٩٢).

(٢) أحمد حشيش - ص ٢٧٧ - الرسالة السابقة .

(٣) يخلط البعض بين الدعوى والإدعاء، د/ أحمد مسلم - ص ٣٠٣ - رقم (٢٠٩)، وللتمييز بينهما راجع أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص ١٢٨ - مرجع سابق، أستاذنا الدكتور/ بيل عمر - الدفع بعدم القول - ص ١٥٥

(٤) يرى البعض أن الدفع في جوهرها طلب، راجع أستاذنا الدكتور/ أمينة النمر - قوانين المرافعات - ج ١ - ص ٢٨ رقم (٢٧)، د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٢٣٩ - مرجع سابق، أحمد حشيش-الرسالة-ص ٢٧٢.

(٥) راجع H. MOTUSKY. P. ٩٥ ، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- ص ١٥٥. د/ أحمد حشيش - الدفع بعدم القول - ص ٢٨٧ - مرجع سابق .

(٦) راجع د/ أحمد غندي - ص ٦٣٩ - مرجع سابق .

المطلب الثاني

أصحاب الحق الإجرائي

يستند الحق دائما إلى شخص يكون صاحبا له بحيث يستلزم وحده دون غيره من الأشخاص بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات.^(١)

وأصحاب الحق الإجرائي هم أشخاص الدعوى، ونقصد بذلك المدعي والمدعى عليه معا ذلك أن كلا منهما يستخدم دعواه في مواجهة الآخر، ولهما معا مكنات، أو سلطات متساوية^(٢)، فسي الطلب والدفع وينطبق هذا الوصف على أطراف الخصومة الأصليين المدعي والمدعى عليه، كما ينطبق على من يتدخل أو يختصم فيها^(٣)، وكل خصم في الخصومة أما أن يكون مدعى أو مدعى عليه^(٤) م(١٧) من قانون المرافعات اليمني.

ومركز المدعى أو المدعى عليه لا يستقر في الحق الإجرائي على حالة واحدة، وإنما قد يحصل تبادل في المراكز القانونية، والعبارة بتحديد أشخاص هذا الحق هو بصفتهم في الدعوى لا بمباشرتهم لها، فالمحامي أو النائب القانوني يمارسان الدعوى وليس لهما صفة في الدعوى، ولذلك لا يعد أي منهما من أطراف الدعوى، بل أن الموكل أو الأصل هما طرفا الدعوى، وأشخاص الإدعاء هم ذاتهم الذين لهم الحق في الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم فيخرج بذلك الشهود والخبراء والقضاء^(٥).

والحق الإجرائي لا يكون إلا لصاحب الصفة^(٦)، وعلى ذلك يكون صاحب الحق في ممارسة سلطة، أو مكنته هذا الحق هي كل ذي أهلية وجوب^(٧) ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات فالشخص قد يكون أهلا لوجوب الحقوق له أو عليه، ولكنه قد يكون عاجزا عن التعبير عن إرادته تعبيرا يحدث أثرا قانونيا. وإذا كان الأصل أن الدعوى حق ذاتي ذو مضمون إيجابي تتمثل في مكنات أو سلطات أو ميزات تخول للمقتاضي ذاته أن يقوم بأعمال إجرائية

(١) د/ حسن كيده - ص ٦٨٩ رقم (٢٦٨) - مرجع سابق .

(٢) د/ أحمد مسلم - أصول - ص ٣١٤ - مرجع سابق، د/ وجدي راغب - الرسالة - ص ٤٤٣، د/ إبراهيم سعد -

ج ٢ - ص ١٦ - مرجع سابق، د. فتيحي والي - الوسيط - ص ٢٩٩، رقم (١٩٦).

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٢٢٢ - مرجع سابق .

(٤) المكان السابق - ص ٢٢٤، د/ محمد شتا - قانون الإجراء المدني الإسلامي السوداني - مطبعة جامعة القاهرة -

١٩٨٥ - ص ١٢٩.

(٥) د/ وجدي راغب - ص ٢٣٥، د/ سعيد الشرعي - ص ٣٠٤ - الرسالة السابقة .

(٦) د/ حسن كيده - ص ٧٠٨ رقم (٢٧١)، أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص ٢٨٠ .

(٧) د/ وجدي راغب - دراسات - ص ١٦٠، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٤٤٦ - مرجع سابق .

بصرف النظر عما إذا كان محققاً أم غير محقق، لذلك قيل أن للمتقاضى كل حق الدعوى مكفآت (الطلب والدفع) بأن يستعملها بحرية في سبيل مصلحته الذاتية الممثلة في تقرير من القضاء.^(١)

وإذا كان المبدأ الإجرائي المعروف لا يمكن لأحد أن يتقاضى لحساب الغير دون سند م(٧٤) من القانون فقد قيل بحق أن الصفة في صاحب الحق بديهي، ويجب أن تثبت في المدعي والمدعى عليه.^(٢)

إن فالعبرة في تحديد أشخاص الحق الإجرائي هي بصفاتهم في الدعوى لا بمباشرتهم فعلاً إجراءاتها، فقد يكون المدعي والمدعى عليه ممثلاً في الإجراءات بواسطة شخص آخر، كما لو كان قاصراً ومثله الولي والوصي، أو كان شخصاً اعتبارياً كشركة يمثلها مديرها، ففي هذه الحالات يظل المدعي أو المدعى عليه هو الأصل الذي ينسب له الحق الإجرائي.^(٣)

نخلص من ذلك إلى أن صاحب الحق الإجرائي يثبت للخصوم جميعاً مدعى ومدعى عليه.

(١) راجع تفصيلاً - أحمد حشيش - الرسالة - ص ٨٤ .

(٢) استاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص ٢١٣ - مرجع سابق .

(٣) راجع د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٤٤٧ - المرجع السابق .

المبحث الثالث

نطاق الحق الإجرائي

الحقوق الإجرائية هي تطبيقات خاصة للقانون الإجرائي ومضمون^(١) هذا الحق يكون في الحقوق المتولدة عن استعمال الدعوى القضائية، وهي السلطات أو المكينات التي يعطيها الحق ويحولها لصاحبه، وهذه السلطات تتمثل بصفة أساسية سلطة الطلب القضائي (بأنواعه المختلفة، وسلطة الدفع أو وسائل الدفاع)، وسلطة الإثبات القضائية والحق في الطعن م^(١٧) من القانون

وإذا كان الأمر كذلك فإن الحق في الطلب القضائي المتضمن بطلان العقد، أو طلب فسخ العقد، يعتبر من الحقوق الإجرائية .

وإذا كان حق الدفع بأنواعه ليست إلا سلطات إجرائية من سلطات استعمال حق الدعوى القضائية، فيكون الدفع الموضوعية - الدفع بالحبس - الدفع بالمقاصة - وغيرها تعتبر من الحقوق الإجرائية التي تنشأ من استعمال حق الدعوى القضائية ذاتها المنظمة في قانون المرافعات^(٢) (قانون القضاء).

والحق في الإثبات القضائي ليست إلا مكنة إجرائية منحها القانون للخصم في أن يقدم للمحكمة الأدلة المثبتة لدعواه أو لدفعه^(٣)، وهذا الحق مقرر لكل من المدعي والمدعى عليه، والقاعدة العامة في ذلك أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات ادعائه، يكون للخصم الآخر الحق في نقضه، وإثبات عكس ما يدعيه خصمه.

كما أن الحق في الطعن بالأحكام تعتبر من الحقوق الإجرائية البحتة، فهو مكنة أو سلطة إجرائية نشأ في الخصومة نتيجة لصدور حكم فيها، وهو حق مستقل عن الحق في الدعوى، ولكنه نتج عنها وينفرد بنظام خاص^(٤)، فصاحب الحق في الاستئناف يكون لأشخاص الدعوى الذي فصل فيها الحكم^(٥) وإذا كان الحق في التنفيذ نظم في قانون المرافعات والتنفيذ فإن طلب التنفيذ القضائي^(٦) يخضع لما تخضع لها الطلبات القضائية من إجراءات، ومكينات ومن هنا ذهب الرأي السائد في الفقه إلى نعت

(١) راجع حول اختلاط مضمون الحق ومحل الحق، د/ حسن كيرة - أصول - ص ١٠٠٩ - مرجع سابق .

(٢) د/ قتيبي والي - البطلان - رسالة مطبوعة - ص ١٤٠ - رقم (٧٠).

(٣) د/ سعيد الشرعبي - الرسالة السابقة - ص ٥٣٠ - رقم (٨١٢) .

(٤) د/ قتيبي والي - الوسيط - ص ٦٨٢ - مرجع سابق .

(٥) د/ رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية - ص ٣٧٨ - ٤٠٤ - مرجع سابق

(٦) راجع تفصيلاً كتابنا - قانون التنفيذ الجبري ، دراسة مقارنة للقانون ومشروع تعديله - منشورات الشرعبي -

صنعاء - ٢٠٠٢م - ص ٣٢ وما بعدها.

التنفيذ الجبري بالتنفيذ القضائي^(١)، وبالتالي فشل الاتجاه الذي يرى أن التنفيذ الجبري هو تنفيذ إداري^(٢) أو فصله عن قانون المرافعات^(٣)، وأن شئنا التنازل إلى ما نذهب إليه يمكننا الرجوع إلى م(٢٢٧) من القانون المتضمنة الصيغة التنفيذية والتي تصبغ الصفة القضائية للتنفيذ الجبري والتي تنص على أن (تكون الصيغة التنفيذية كالآتي: بقوة الشرع والقانون فإن السلطة القضائية تقرر فرض تنفيذ هذا السند ... (الخ)، والمادة (٣٢٠) والتي تقضي أن رقابة قاضي التنفيذ تكون سابقة على إجراءاته، فالقاضي هو الذي يأمر معاونه بإجراء التنفيذ على طلب التنفيذ المقدم من صاحب الحق في التنفيذ، كما أن قاضي التنفيذ يوقع عقب كل إجراء يقوم به معاون قاضي التنفيذ.^(٤)

نخلص من ذلك إلى أن نطاق الحقوق الإجرائية هي الحقوق التي ينظمها قانون المرافعات (قانون القضاء) وتشمل جميع الطلبات والدفع والحق في الإثبات والحق في الطعن والحق في طلب التنفيذ وغيرها من الحقوق التي تتولد أو تنشأ أمام القضاء^(٥).

-
- (١) أساتذتنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري - ١٩٩٠م - القاهرة - ص ١٧، د/ أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ الجبري - ص ٢٣ - رقم (١٧)، د/ وجدي راغب - النظرية العامة للتنفيذ - ص ١١، د/ محمود هاشم - القواعد العامة للتنفيذ القضائي - ١٩٨٠ وهو ما يفيد من عنوان الكتاب، د/ محمد أحمد مرغم - إجراءات التنفيذ - ص ٦٥ وما بعدها مرجع سابق .
- (٢) د/ محمد حماد فهمي - تنفيذ الأحكام - رقم (١١)، د/ عبد الباسط جيمعي - طرق تنفيذ الأحكام - ص ٤٢ - مرجع سابق.
- (٣) فصلت بعض التشريعات بين قانون المرافعات وقانون التنفيذ كما هو الحال في قانون التنفيذ العراقي - رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠م .
- (٤) راجع ص ٣٨ من كتابنا السابق الإشارة إليه .
- (٥) راجع أحمد شحيش - الرسالة السابقة - ص ٤٢، ٢٨٩، د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٢٣٩ - مرجع سابق، المذكرة التفسيرية للمشروع - ص ٢١ .

المبحث الرابع

شروط الحق الإجرائي

يقصد بالشرط (تطبيق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده، وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه).^(١) وعلى ذلك فشروط الحق الإجرائي الطلب (الإدعاء) أو الدفع هي الشروط اللازمة لقبول هذا الحق، فبتوافرها يجب على المحكمة نظره، أما إذا تخلف أحدها فإنه - تطبيقا لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات - لا تنتظر المحكمة فيه وتصدر حكما بعدم القبول.^(٢)

وقد اختلف الفقه الإجرائي في شروط الحق الإجرائي، الطلب (الإدعاء) أو الدفع وهي شروط حق الدعوى، والتي تمارس عن طريق الطلب والدفع، فذهب بعض الفقه إلى اشتراط أربعة شروط هي وجود الحق والمصلحة، والصفة، والأهلية^(٣)، بينما يذهب البعض إلى حصر شروط استعمال الدعوى بثلاثة شروط وهي الأهلية، والصفة، والمصلحة^(٤)، ويرى فريق ثالث أن شروط الدعوى هي المصلحة، والصفة، والميعاد القانوني، وعدم وجود مانع قانوني^(٥)، ويرى فريق رابع أن الشرط الوحيد هو شرط المصلحة^(٦)، وقد نص القانون اليمني المواد (٧٥، ٧٦، ٧٧) على أن شروط الحق في الدعوى هي المصلحة، والصفة، وعدم وجود مانع قانوني، ونتكلم عن ذلك باختصار مع ملاحظة أن الشروط الشكلية المتعلقة بـ (الطلب أو الدفع) تعتبر شروطا للصحة وليست شروطا للقبول م (٧١) وأن

(١) الجرجاني - التعريفات ص ١٢١ - مرجع سابق، راجع الشيخ محمد الأمين - مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة - بيروت - لم يذكر تاريخ النشر - ص ٤٣، أما الشرط في اللغة فهو العلامة - المكان السابق .

(٢) د. فتحي والي - الوسيط - ص ٦٦ - رقم (٢٧).

(٣) راجع د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٥٦ رقم (٢٨) - مرجع سابق، د/ عبد المنعم الشرقاوي الرسالة ص ١، ٥٧، د/ أحمد أبو الوفا - المرافعات - ص ١٧٠ - مرجع سابق .

(٤) راجع محمد وعبد الوهاب الشماوي - قواعد - ج ١ - ص ٥٦٢ - مرجع سابق .

(٥) د/ أحمد مسلم - أصول - ص ٣١٧ وما بعدها - رقم (٢٨٦)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص ٢٠٧ - مرجع سابق، د/ أحمد غندي - المرافعات - ص ٤٥٣. راجع د. السيد محمود، المصلحة في الدعوى الدستورية، حلقة نقاش عقدتها مجلة الحقوق بتاريخ ٨/٤/٢٠٠١م، تصدر عن جامعة الكويت، ملحق عدد ديسمبر ٢٠٠١م، د. محمد نايف العتيبي، المصلحة في دعاوى الإنفاء، المكان السابق ص ٤١، د. إبراهيم النعومي، المكان السابق، ص ٤٥

(٦) د/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص ١٩٢ - مرجع سابق، أحمد حشيش - الرسالة السابعة - ص ٨٤، د/ أحمد غندي - المرافعات - ص ٢٠٤ وما بعدها، الشرقاوي وجميعي ص ٢٥ - رقم (١٩٠)، قرار د فتحي والي - الوسيط - ص ٦٧ - رقم (٢٧).

كانت المحكمة تقرر عدم قبول الدعوى شكلاً إذا عجز الخصم في استكمال الناقص أو تصحيح الإجراءات الباطلة في الميعاد م(٧٢) فإن هذا القرار يستند إلى عدم صحة الدعوى لفقدانها شرطاً من شروطها الشكلية، أي أنه إذا تخلف شرط من شروط صحة المطالبة القضائية فإن وسيلة التمسك بذلك هي الدفع ببطالان المطالبة القضائية.^(١)

والواقع أن الخلاف السابق على شروط قبول الدعوى لا يعبر عن خلاف يترتب عليه نتائج قانونية عملية، ذلك أن الفقه الذي يعتبر أن المصلحة هي الشرط الوحيد في الدعوى حاول إدماج بقية الشروط في شرط المصلحة.^(٢) لذلك سنحاول الكلام عن شروط قبول الدعوى طبقاً للقانون اليمني في المطالب الآتية:

المطلب الأول: المصلحة.

المطلب الثاني: الصفة.

المطلب الثالث: عدم وجود مانع قانوني .

المطلب الأول

المصلحة

اتفق الفقه الإجماعي على اعتبار المصلحة بمثابة شرط من شروط قبول واستعمال حق الدعوى وهي الفائدة العملية المشروعة المراد تحقيقها من القضاء^(٣)، والذي ينشأ عنه الحقوق الإجرائية الأخرى بنفس الشروط وقد نص القانون اليمني على ذلك م(٧) والتي تنص على أنه (لا تقبل دعوى ولا طلب ولا دفع لا تكون لصاحبها مصلحة...) .

والمصلحة هي غاية (fin) أو هدف الدعوى^(٤)، ويرجع هذا التعريف إلى (أهرنج) بقوله (الحق مصلحة محمية قانوناً)، وهو بذلك قصد تعريف الحق ولكنه أخفق في ذلك وعرف غاية الحق، وهي فكرة واجبة التحديد لاسيما في معيار التعسف المرتبط بالغاية للحق.^(٥)

(١) راجع د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٨١ مرجع سابق، د/ أحمد هخدي - المرافعات - ص ٤٣٩ - مرجع سابق.

(٢) راجع تصميلاً د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٢٠٤ وما بعدها - مرجع سابق .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٢/٥/١٦ لسنة ٢٢ - مجموعة أحكام النقض - ص ٩٣٣، أستاذنا الدكتور/

عزمي عبدالفتاح - نحو فكرة عامة - ص ٢٠٨، د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص ٣٥، الشرقاوي - ص

٥٦، د. فتحي والي - الوسيط - ص ٦٧ - رقم (٣٧).

(٤) د/ بيل عمر - سبب الطلب القضائي - رسالة مطبوعة - ص ١٦٧ .

(٥) أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص ٢٨٩، راجع تصميلاً د/ حسن كيره - أصول ص ١١٣٣ - رقم (٤١١)

مرجع سابق.

فإذا كانت الدعوى القضائية حقا ذاتيا^(١) إجرائيا يرد على محلها الإدعاء^(٢)، والدفع م^(٣) (١٧) من القانون اليميني، فإن هذا الحق يكون لكل صاحب حق (مدعي، ومدعى عليه) وهدف هذا الحق هو الحصول على تقرير من القضاء .

والمصلحة في حق الدعوى تختلف عن الحق التي تهدف لحمايته^(٤)، ولأن المصلحة في حق الدعوى تختلف عن الحق المراد حمايته لأنه موجود وقائم قانونا ويخضع للقواعد القانونية الموضوعية رغم الاعتداء عليه^(٥)، أما المصلحة في حق الدعوى تخضع لقواعد قانون القضاء (قانون المرافعات)، وهي بذلك ترفع لدفع العدوان على الحق المراد حمايته. والهدف منها عملي هو ابتغاء ثمرة هذا الحق^(٥)، وحق الدعوى قد يوجد غير مستند إلى حق موضوعي كما هو الشأن في دعاوى الحيازة، والإثراء بلا سبب، وقد يظل حق الدعوى رغم زوال الحق المراد حمايته كما في حالة الالتزام الطبيعى^(٦).

ويقصد بكونها (فائدة عملية) أن المسائل النظرية لا تصلح لذاتها أن تكون محلا لدعوى قضائية، فالقضاء ليس دارا للإفتاء، ولا مجال للمجادلات النظرية البحتة^(٧) ويجب توافر شرط المصلحة في المدعي والمدعى عليه عند طرح (الطلب والدفع).

وقد ذهب البعض إلى أنه يشترط أن تكون المصلحة قانونية أي أن تستند إلى حق يحميه القانون، أي أن يكون موضوع حق الدعوى مطالبة بحق أو مركز قانوني أي لا تخالف النظام العام والآداب^(٨). وهذا المبدأ هو تطبيق للقاعدة اللاتينية ومضمونها أنه لا يجوز لأحد أن يحتج أمام القضاء بفحش صدر منه^(٩)، لذلك انتقد البعض هذا الوصف واعتبار المصلحة المجرد من الوصف بالقانونية^(١٠)، لأن اشتراط قانونية المصلحة يعني الخلط بين فكرة عدم القبول وفكرة رفض الطلب لعدم حسن تأسيسه^(١١).

(١) د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ٤١ - مرجع سابق .

(٢) د/ محمد إبراهيم - تكييف الدعوى - ص ٣٥ - مرجع سابق .

(٣) د/ أمينة النمر - الدعوى - ص ٢٠ - مرجع سابق .

(٤) المكان السابق، د/ أحمد مسلم - أصول - ص ٣١ - مرجع سابق.

(٥) د/ أحمد مسلم - أصول - ص ٣١٥، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- نحو فكرة عامة - ٢٠٥ - مرجع سابق .

(٦) د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص ٢٠، راجع نقض مصري في ١٧/٢/١٩٦٥ لسنة ٣٥ المكتب الفني - ص ٢٠ - ص ١٧٠.

(٧) د/ أحمد مسلم - أصول - ص ٣١٥، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو - ص ٢٠٨ - مرجع سابق.

(٨) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٩٤، الشوقوي - الرسالة - ص ٥٧، د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص ٦١، د/ سعيد الشرعبي - الرسالة - ص ٣٢٣، د/ أحمد خليل - ص ٢٠٥ .

(٩) د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ٨٩ - مرجع سابق .

(١٠) أستاذنا الدكتور عزمي عبد الفتاح - المكان السابق.

(١١) عكس ذلك د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ٥٢، أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص ٣٥٩ .

وقد تطلب أغلب الفقه أن تكون المصلحة واقعية^(١)، وأن تكون حاله، ويقصد بواقعية المصلحة أن يوجد مبرر واقعي يعبر عن الحاجة الفعلية للحماية القضائية^(٢)، ويتوقف وصف الواقعية والحالة في الحالات التي تنور المنازعة فعلاً في حق الدعوى أو مركزه القانوني، أو يعتدي عليهما، لذلك ذهب بعض الفقه إلى أن المصلحة المحتملة لا تبرر رفع الدعوى إلى القضاء إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون^(٣)، ومع ذلك يذهب رأي في الفقه إلى أن المصلحة المحتملة تكفي لاستعمال حق الدعوى^(٤)، ومثل ذلك دعوى قطع النزاع، والدعوى بطلب بطلان العقود الباطلة وإلى ذلك ذهب القانون اليمني م(٧٥).

وقد اشترط البعض أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، كما يقصد أن ترفع على الطرف السلبي في هذا الحق^(٥)، وانتقد شرط المصلحة الشخصية المباشرة لأنها قد تختلط بالصفة عندما يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، أما عندما يكون رافع الدعوى شخصاً خوله القانون رفع الدعوى نيابة عن صاحب الحق، فهنا تكون الصفة مختلفة عن المصلحة^(٦) ويخلص هذا الرأي إلى أن وصف المصلحة بالشخصية المباشرة ليست شرطاً في المصلحة^(٧).

وإذا كانت المصلحة هي شرطاً لقبول الحق الإجرائي الطلب (الادعاء) والدفع^(٨) م(١٧) بمن القانون اليمني فإن العبرة في توافر المصلحة هي بوقت نظر هذا الحق والفصل فيه دون اعتداد بتاريخ رفعه^(٩)، والعبرة بتوافر المصلحة في الحق بالطنس وقت تولده أي وقت صدور الحكم المطعون فيه^(١٠).

-
- (١) د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٤٦١، د/ أحمد خليل - ص ٢٠٦ - المرجع السابق .
 (٢) د/ لقضي والي - الوسيط - ص ٦٤ رقم (٣٦)، د/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص ٧٢، د/ أحمد مسلم أصول - ص ٣١٨، د/ سعيد الشرعبي - ص ٤٢٤، د/ أحمد هندي - ص ٤٦١ - مرجع سابق .
 (٣) د/ أحمد مسلم - ص ٣١٩، د/ أمينة النمر - ص ٧٣ - المكان السابق، د/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ١٠٠، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٤٧٠ - مرجع سابق .
 (٤) د/ أحمد مسلم - ص ٣٢٠، أحمد هندي - ص ٤٧٣، ص ٤٧٤ - مرجع سابق .
 (٥) عبد المنعم الشرقاوي - الرسالة ص ٤٠١ .
 (٦) د/ سعيد الشرعبي - الرسالة - ص ٣٨٦، د/ أحمد مسلم - أصول - ص ٣٢٩ - مرجع سابق .
 (٧) راجع د/ أمينة النمر - الإجراءات الدعوى - ص ٧٩ - مرجع سابق، راجع حكم المحكمة العليا - الدائرة المدنية - بتاريخ ٢٦/٢/٢٠٠٢م منشور بواسطة د/ حسن مجلي - المرجع السابق - ص ٩٥ .
 (٨) د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٤٥٩ .
 (٩) المكان السابق، عبد المنعم الشرقاوي، الرسالة، ص ٧٩، رقم ١٦٠، د. وجدي راغب، مبادئ، ص ١٢٩، د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، ج ١، ص ٢٢٧ .
 (١٠) راجع د/ إبراهيم نجيب سعد - ج ٢ - ص ٣١٢ .

والفرقة السابقة ترجع إلى أن الحق الإجرائي، الأول ينشأ عند استعماله أي عند النظر فيه والفصل فيه، أما بالظن يتولد أمام القضاء، وينشأ بصدور الحكم ويكون جاهزاً للاستعمال.

وشرط المصلحة لقبول الحق الإجرائي تتعلق بالنظام العام، كون ذلك يتعلق بوظيفة القضاء لأن هذا الشرط يقصد به ضمان جدية الانتجاع إلى القضاء والحد من استعمال الدعاوى دون مقتضى، وتخفيف العبء عن القضاء مما يؤدي إلى سير القضاء سيراً حسناً، وهذا يحقق المصلحة العامة في المجتمع^(١). ويترتب على كون هذا الشرط من النظام العام أن يكون للمحكمة أن تحكم في حالات انتفائه (يعدم القبول)^(٢) م - (٧٦) من القانون - من تلقاء نفسها .

المطلب الثاني

الصفة

اشتراط القانون اليمني م(٧٦) الصفة في رفع الدعوى، وهي عبارة عن السلطة أو الولاية في مباشرة الدعوى ويستمددها المدعى من كونه صاحب الحق في الدعوى، أو نائباً عن صاحب الحق، وأما الصفة في المدعى عليه، فتتمثل في كونه الذي نرفع الدعوى في مواجهته وهو المسؤول عن تجهيله^(٣)، لذلك قيل أن المدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها^(٤). على أنه قد يخول لقانون غير صاحب الحق ومن ليس نائباً عادة عنه في حالات استثنائية حق رفع الدعوى، نظراً لمصلحته الشخصية في ذلك مثل دعوى الحصة، ودعاوى الجمعيات والنقابات .

وذهب رأي إلى أن الصفة ليست شرطاً مستقلاً بوجود حق الدعوى وأنها تندمج في شرط المصلحة الشخصية المباشرة^(٥).

وعلى ذلك فالحق الإجرائي لا يقبل إلا من صاحبه أو من يوب عنه وإذا تخلعت الصفة في صاحب الحق الإجرائي كانت الدعوى غير مقبولة. ويؤيد عن ذلك نفعاً بعدم القبول م(٧٦) من القانون. إلا أنه متى اكتسب المدعي هذه الصفة أثناء نظر الدعوى، طبقاً للإجراءات المنصوص عليها

(١) د/ أحمد هدي الرفاع ٤٦

(٢) راجع حكم حكمه النقض المصرية في هذا الخصوص في ١٧/١/١٩٧٩م - مشور في مدونة أبو السعود - ص ٥٩ .

(٣) د/ أمينة البدر - ص ٨٩ - المرجع السابق، د/ سعيد الشرعي - الرسالة - ص ٣٢٦، د/ أحمد هدي - ص ٩٢ - مرجع سابق

(٤) راجع علي الشريف الجرجلي - التعريفات - ص ٣٣٠

(٥) أحمد حنين - الرسالة - ص ٢٩٣ و ما بعدها، استاذنا الدكتور نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص ١٩٢ .

في القانون، فإن العيب الذي شاب صفته عند رفعها قد زال وتصبح الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها، ولا يكون للمتقاضى الآخر مصلحة في التمسك بهذا الدفع^(١)، وإذا زالت صفة المتقاضى أثناء نظر الدعوى، كما في حالة التنازل عن حقه، فإن الحق الإجرائي - الطلب أو الدفع - يكون غير مقبول لانعدام الصفة.^(٢)

وعليه يجب أن تتوفر الصفة في المدعي والمدعى عليه معا^(٣)، وعلى ذلك لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه صفة.^(٤)

وقد نص القانون م(٧٦) على أن شرط الصفة يتعلق بالنظام العام، ويرجع ذلك إلى وجوب قصور سلطة الالتجاء إلى القضاء على أصحاب الحقوق في الحماية القانونية المطلوبة ومنح هذه الحماية لهم وخدم تفتت أعباء المحاكم ويحسن أداء القضاء لوظيفته، وهذه الاعتبارات تمس المصالح العامة في المجتمع.^(٥)

المطلب الثالث

عدم وجود مانع قانوني

بالإضافة إلى الشروط العامة لقبول الدعوى هناك شروط خاصة لبعض الدعاوى، وهي الشروط القانونية المانعة لقبول الدعوى، ويقصد بشرط عدم وجود مانع قانوني أي شرط نص عليه القانون

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩/٢/١٩٨٨م طعن رقم - ٢٣٥٧، لسنة ٥٦ ق - منشور في موسوعة الفكيهاني - ص ٤٤٣ - رقم (٦٤٤).

(٢) راجع د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٤٩١ - مرجع سابق .

(٣) د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٢٢١ .

(٤) راجع أحكام النقض الآتية: حكم محكمة النقض المصرية في ١٢/١/١٩٨٢م الطعن رقم (٢١٠٧) لسنة ٥٠ ق - منشور في المدونة الذهبية - أبو السعود - ص ٦٥، وراجع نقض مصري في ٧/٥/١٩٧٩م المكان السابق - ص ٥٧، ١٣/٤/١٩٨٨م، ١٩/٥/١٩٧٩م نفس المكان، ٣٠/١٠/١٩٧٨م، ٢٧/١٢/١٩٧٨م، ٧/٥/١٩٧٩م - المكان السابق - ص ٥٤، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٥/١/١٩٦٢م المكان السابق - ص ٤٣٢، حكم المحكمة العليا - الدائرة المدنية - بتاريخ ١٨/٤/١٩٩٩م منشور بواسطة الدكتور/ حسن مجلي - المبادئ القانونية والتضائية في المسائل المدنية - ط ١ - ص ٢٠٠٣ - ص ٤.

(٥) أسألتنا الدكتور/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص ٢٥٥ - رقم (١٦٢)، أسألتنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - التعليق - على المادة (١١٥) ص ٥٥٢، راجع عكس ذلك - أي أن الدفع بعدم القبول للانقضاء الصفة لا يتعلق بالنظام العام - الشراوي - رقم (٢٨٨) وما بعده - الرسالة السابقة، وحكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٦/٢/١٩٨٦م رقم ٢٨٨٣ - ق، وحكم ونقض في ٢٦/٣/١٩٧٤م - ٢٥-١١٥٣ . جميعها منشورة بواسطة المدونة الذهبية، أبو السعود، ص ٥٤، وما بعدها.

يكون بمقتضاء منع رفع الدعوى، وهذا يمنع الشخص قانوناً من اللجوء إلى المحاكم العادية^(١)، قد يكون هذا المانع منصوص عليه في قانون المرافعات أو في القانون الموضوعي.

وإذا كان الأصل العام أن حق الإدعاء والدفع مكفولاً للكافة م(١٧) من القانون، إلا أنه توجد حالات محددة ينتمي فيها هذا الحق بنص قانوني، ومن أمثلة ذلك ما نص عليها قانون المرافعات اليمني، م(٧٧)، والتي تنص على أنه لا تقبل دعوى صدر فيها حكم قائم... الخ، كما لا تقبل الدعوى إذا وجد أي مانع قانوني آخر منصوص عليه في القوانين النافذة.

وقد حدد قانون المرافعات مواعيد إقامة (الطلب) الإدعاء والدفع، ومخالفة ذلك يؤدي إلى عدم قبول الطلب أو الدفع لوجود مانع، أو تخلف شرط من شروط قبولهما، ومثل ذلك ميعاد الاستئناف وميعاد النقض، وجوب تقديم الطلبات المعارضة والتدخل قبل قفل باب المرافعة، وتقديم طلب وقف التنفيذ في صحيفة الطعن بالنقض، وتقديم طلب الرد قبل أي دفع أو دفاع، وطلب استئناف الأحكام الفرعية بعد صدور الحكم النهائي للخصومة، وتقديم الدفوع الإجرائية قبل التعرض للموضوع .

فجميع القيود الزمنية للإدعاء (الطلب) أو الدفع تعتبر شرطاً لقبولهما، فهي تتعلق بسلطة الشخص في اللجوء إلى المحاكم، وسلطة المحاكم في منح الحماية القضائية^(٢)، ويترتب على ذلك عدم قبول الإدعاء (الطلب) أو الدفع لمخالفة مواعيد إقامته ولو كان القانون قد قرر جزء آخر، كما هو الحال اعتبار الحجز كأن لم يكن لعدم إقامة دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام من توقيعه، ومخالفة ميعاد إقامة هذه الدعوى يترتب عليها اعتبار الحجز كأن لم يكن وعدم قبول الدعوى التي تقام بها بعد انتهائه.^(٣)

والحال كذلك في مخالفة المواعيد المحددة لإقامة الدعوى في القانون الموضوعي كما هو الحال في دعاوى الشفعة، فإن هذا الأمر يتعلق بقبول الإدعاء (الطلب) وسلطة اللجوء إلى المحاكم ويكون جزء المخالفة هو عدم القبول م(٧٧) من القانون اليمني.^(٤)

خلاصة القول إن تحديد القانون لترتيب زمني يعتبر قيداً على سلطة الأشخاص في تقديم الإدعاء (الطلب) أو الدفع وهو يتعلق بقبوله، ويعتبر هذا القيد من النظام العام.^(٥)

(١) استاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص٢١٥، د/ أحمد خليل - ص٢٢٢ .

(٢) استاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - إجراءات الدعوى - ص٨٧ - مرجع سابق .

(٣) استاذتنا الدكتورة/ أمينة النمر - ص١١٨ - مرجع سابق .

(٤) وأن كان البعض يرى أن هذا الشرط يتعلق بعناصر الحق الموضوعي وبالتالي لا يعتبر شرطاً من شروط القبول، وإنما يكون محله هو الدفع بعدم جواز النظر راجع د/ أمينة النمر - ص ١٠٨ - المكان السابق .

(٥) راجع أحكام محكمة النقض المصرية الأخيرة: حكم في ١٩٨٠/٢/١٩، ١٩٥٠/٥/٢٢، ١٩٥٢/١٢/٢٥، ١٩٥٩/٤/٢٣ - جميعها منشورة في أبو السعود - ص٤١٨ وما بعدها، حكم المحكمة العليا - الدائرة المدنية - لسنة ١٩٥٨م - منشور بواسطة د. حسن مجلي - مرجع سابق - ص١٢، وحكمها بتاريخ ١٩٩٩/٧/٢٨م - المكان السابق - ص١٦

ومن الموانع القانونية لقبول الإدعاء (الطلب) أن يكون الطلب الإضافي والمقابل مما نص عليه القانون صراحة، وجوب توافر الارتباط بين ادعاء (الطلب) التدخل، والإدعاء (الطلب) الأصلي... الخ، كما يعتبر مانعا لقبول الدفع من وجوب إيداء جميع الأوجه التي يبنى عليها الدفع الإجرائي معا.

وإن كان البعض يرى أن فكرة (المصلحة) هي الشرط الوحيد لاستعمال حق الدعوى القضائية (الإدعاء والدفع) وأن باقي الشروط من الممكن بشكل أو بآخر أن توجد كأوصاف لشرط المصلحة اللازمة لقبول الطلب القضائي، وعلى ذلك فشرط الصفة والمانع القانوني المتصوص عليه في القانون الإجرائي أو الموضوعي - المدة أو الميعاد وعدم سبق الاتفاق على التحكيم والصلح وعدم سبق الفصل في الموضوع وغير ذلك من الشروط - يمكن دمجها كلها في شرط المصلحة اللازمة لقبول الإدعاء (الطلب) والدفع.^(١)

نخلص من ذلك إلى أنه يجب أن تتوافر الشروط السابقة حتى يكون الحق الإجرائي صالحا لكي ينظره القاضي، وتسمى هذه الشروط بشروط قبول الدعوى، وهذه الشروط هي ذاتها شروط استعمال الحق الإجرائي للطلب بأنواعه والدفع بأنواعه، ويفصل في موضوعه بصرف النظر عما إذا كان يستند إلى حق موضوعي فعلا أم لا^(٢)، وعلى ذلك فالحق الإجرائي يجب أن تتوافر فيه شروط لقبوله، وإلا كان غير مقبول.^(٣)

(١) د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٧٠، أسنانزا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ١٠٥، أحمد حشيش - الرسالة - ص ٣٤٦ وما بعدها .

(٢) راجع د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٢٠٣ - مرجع سابق .

(٣) د/ وجدي راغب - طبيعة الدفع بالتحكيم - مؤتمر العريش ١٩٨٧م تجميع د/ أحمد جامع - القلعة - ١٩٨٨م - ص ٩٩، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٠/٤/٢٦ - أبو السعود - ص ٦١، راجع أسنانزا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - التعليل على م (١١٥) ص ٥٥٠ - مرجع سابق، عكس ذلك في الفقه الإسلامي، راجع تميميلا د. فتحي التريبي - نظرية التعسف في استعمال الحق - بيروت - ط ٣ - ١٩٧٧م - ص ٢٥ وما بعدها.

المبحث الخامس

معييار التعسف في استعمال الحق الإجرائي

تمهيد: تنظيم التعسف في استعمال الحق الإجرائي:

سبق القول أن التعسف لا يرد إلا على استعمال الحق دون استعمال الحريات أو الرخص العامة، ففي أحكام المسؤولية ما يكتل لرقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره وأضراره^(١).

وإذا كان لكل حق غاية وهدف معلوم وله قيمة قانونية وهي التي تبرر حماية القانون لهذا الحق، فإنه يجب التزام هذه الغاية، أو الهدف وعدم الانحراف في استعمال الحق عنه، وقد استقرت نظرية التعسف في جميع القوانين، ومحلها في تعيين القانون المدني، ولم تقتن في قانون المرافعات وبصنوع قانون المرافعات اليمني الجديد رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م. فثبتت هذه النظرية في القانون الإجرائي م(١٧) والتي تنص على أن (حق الادعاء والدفاع مكفولان وفقا لأحكام القانون) وقد كان النص في المشروع ولا يجوز استعمالهما، رغم أن الفقه الإجرائي مستقر على أن هذه النظرية يجب إعمالها في القانون الإجرائي مع عدم النص صراحة عليها في القانون الأخير^(٢)، على اعتبار أن التعسف يرد على جميع الحقوق استثناء^(٣). وعلى ذلك نتكلم عن معيار التعسف في الفقه الإسلامي وفي النظرية العامة، وفي قانون المرافعات.

(١) د/ حسن كيرة - ص ١١٦٧.

(٢) المكان السابق - ص ١١٤٧، ١١٤١ - رقم (٤١٣)، د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٢٤٥ وما بعدها، عبد المنعم الشرقاوي - الرسالة - ص ٤١، أسنانا الدكتور/ سل عمر - النع بعدم القبول - ص ٧٠، أسنانا الدكتور/ عري - نحو فكرة عامة - ص ٢٤١ وما بعدها، أحمد حشيش - الرسالة - ص ٢٨٩، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٦٠٩، أسنانا الدكتورة/ أمينة النمر - قانون المرافعات - ص ٢٢٣ - رقم (١٣٤)، مراجع تفصيلاً أسنانا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام في قانون المرافعات - الطبعة السادسة ١٩٨٩ - الإسكندرية - ص ١٥١ - رقم (٦٠)، وكتابه الدفوع - ص ٥٠، د. آدم وهيب - شرح قانون الإثبات - بغداد ١٩٨٦م - ص ٦٥.

(٣) راجع تفصيلاً د/ حسن كيرة - ص ١١٤٧ - رقم (٤١٤)، ولم تنص معظم التشريعات الإجرائية على فكرة التعسف في استخدام الحق الإجرائي كبدأ عام فيها عدا النص في القانون الفرنسي م(١/٣٢) والتي تقضي بجواز الحكم بالتعويض عند الاستخدام التعسفي أو التسويفي لحق النعم.

المطلب الأول

معييار التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والنظرية العامة

أولاً: معيار التعسف في الفقه الإسلامي:

فكرة التعسف معروفة في الفقه الإسلامي، وقد اختلف الفقهاء المسلمون على أساسها^(١)، ونعتقد أن أساس معيار فكرة التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية تكون في فكرة تحريم (الإسراف) في استعمال الحق، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات) هذا الحديث يعطينا عمقا كبيرا في المعنى بالنسبة للحلال والحرام، ويعني قوله صلى الله عليه وسلم (الحلال بين) إن الحلال ظاهر وواضح^(٢)، ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم (وبينهما أمور مشبهات)^(٣) أي أن المشابهة تأتي من الإسراف، والإسراف معناه تجاوز الحد، فبعض الناس يسرفون في استخدام الحلال، فيزيدون منه^(٤)، قال تعالى (وكلوا واشربوا ولا تسرفوا أنه لا يحب المسرفين)^(٥) فالإسراف في استعمال الحق، أو في أي شيء يبيغضه الله ولا يحبه^(٦)، فقد يكون الشيء حلالا في ذاته، ولكن الذي يأتيه عن طريق حرام، أو قد يكون الشيء حلالا وعن طريق مشروع، ولكن الذي يأتيه أخذ منه فوق حاجته فيكون إسرافا^(٧)، وكان العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (كنا نترك ثلاثة أرباع الحلال خوفا من شبهة الحرام)^(٨). وهكذا يمكن القول أن أساس (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي يكون أساسه في تحريم الإسراف في استعمال هذا الحق، وقد قيل بحق أن أساس هذه النظرية في الفقه الإسلامي هو (أن لا يكون استعمال الحق منافيا لمقاصد الشرع)، ومقاصد الشرع تعني بوجه عام روح القانون، ومبادئه الأساسية العامة، كما تعني بوجه خاص الغرض أو الغاية من تقرير الحق وبالتالي ينتج عن ذلك تحريم التعسف في استعمال الحق^(٩).

(١) راجع د. فتحي الدريبي - نظرية التعسف في استعمال الحق - ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) محمد متولي الشعراوي - الحلال والحرام - مؤسسة أخبار اليوم - القاهرة - لم يذكر تاريخ النشر - ص ٣٠.

(٣) رواد البخاري ومسلم.

(٤) المكان السابق - ص ٣٧.

(٥) الآية (٣١) من سورة الأعراف.

(٦) محمد متولي الشعراوي - المكان السابق.

(٧) المكان السابق.

(٨) نقلا عن المكان السابق - ص ٣٨.

(٩) د/ حسن بكير - أصول القانون - ص ١١٥٤ - رقم (٤١٤).

ثانياً: معيار التعسف في فقه النظرية العامة:

اختلف فقهاء القانون^(١) حول تحديد معيار محدد للتسوف إلى مجموعة من المعايير أهمها:

أ- معيار التسوف في النظرية العامة (للمسؤولية التقصيرية):

ارجع البعض فكرة التسوف في أعمال الحق إلى المسؤولية التقصيرية، وأنها تطبق من تطبيقات المبدأ الأخير، والبعض الآخر قد جعل من الخطأ عماد المسؤولية، وبالتالي اعتبار التسوف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ التقصيري^(٢)، وقد حاول البعض إيجاد معيار للتسوف في نية الأضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه، أو عند تخلف هذه النية في عدم مبالته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر والمعيار الأخير اعتبر دور نظرية التسوف في استعمال الحق دوراً أخلاقياً^(٣).

ب- معيار التسوف (بالاحراف عن الغاية):

ذهب الفقه الحديث إلى القول أن معيار التسوف يحدد تحديداً طبيعياً بالانحراف عن غاية الحق^(٤) وتوازن المصالح وإذا كان معيار (قصد الإضرار بالغير) هو أقدم معايير التسوف وأكثرها شيوعاً، بمعنى أن يكون الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق^(٥)، فإن إثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمر عسير، فإن القضاء يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق في استعماله لحقه، معتبراً هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الأضرار عنده^(٦)، لذلك ينبغي أن تكون مصلحة صاحب الحق ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يحصل للغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقاً، فهذا دليل على انحراف في استعمال الحق^(٧)، وهذا المعيار يبرز فكرة توازن المصالح التي يراها بعض الفقه أساساً لنظرية التسوف في استخدام الحق^(٨).

(١) راجع تفصيلاً د. فتحي الدريبي - ص ٣٠٨ وما بعدها.

(٢) راجع في عرض ذلك د. حسين كيرة - أصول - ص ١٠٨٥ وما بعدها - رقم (٤٠٠) مرجع سابق.

(٣) راجع تفصيلاً - المكان السابق - ص ١١٠٨ - رقم (٤٠٥).

(٤) المكان السابق - ص ١١٠٩، راجع أساتذنا الدكتور/ نبيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - ص ٣٦٧ - رقم (٢٣٩).

راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص ٢١ مشار إليه.

(٥) د/ حس كيرة - ص ١١١٧ - رقم (٤٠٧) - مرجع سابق.

(٦) المكان السابق - ص ١١١٨.

(٧) المكان السابق - ص ١١٢ - رقم (٤٠٨).

(٨) راجع المكان السابق - ص ١١٢١ - رقم (٤٠٨).

وعلى ذلك فمعيار التعسف لا يخرج عن (التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها) ^(١)، وبالتالي : يتوقف أعمال نظرية التعسف في الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتهانها بغاية معينة خاصة وأن حدود فكرة الحق - مهما بلغت دقة تعيينها - إنما ترسم مضمون الحق والتعسف إنما يتعلق بغايته. ^(٢)

لذلك يخلص الفقه الحديث إلى إخراج نظرية التعسف عن فكرة المسؤولية التصديرية ليجعل منها مبدأ عاماً مستقلاً ^(٣). ذلك أن التعسف إنما يرتبط أساساً بفكرة الحق، وما يمثل من قيمة معينة يعترف بها القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية، وترتفع بالانحراف عنها، ولذلك فالتعسف يتوافر مادام صاحب الحق قد انحرف في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أدخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، وتظهر فكرة التعسف متعلقة أساساً بتصوير الحق وجعلها ميزاناً لاستعماله على ضوء غايته، لذلك تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي على السواء بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة ولاحقة بحسب الأحوال، أما المسؤولية التصديرية فنورما علاجي فقط. ^(٤)

وبناءً على ذلك فإنه يتعين على القاضي حينما يقوم بتقديره للتعسف في استعمال الحق، أن يستدعي بمعيار المصلحة بحسبانها غاية الحق الشخصي إذ تتحدد بها الحدود الغائية للحق. ويستمد المعيار من ذات طبيعة الغاية. وهو ما يتضمن الحدود الحقيقية لغاية الحق، بحيث يعد الخروج عليها أو مناقضتها خروجاً على حدود الحق الغائية، وهو المجال الحقيقي لفكرة التعسف في استعمال الحق. ^(٥)

المطلب الثاني

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي

طبقاً لقانون المرافعات اليمني ^(٦)

معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي هو الانحراف عن غايته ^(٧)، بقصد بالغاية (ما لأجله وجود الشيء) ^(٨) وغاية القضاء هي تحقيق العنل ^(٩)، والنص العام في المادة (١٧) من قانون المرافعات

(١) المكان السابق - ص ١١٣٣ - رقم (٤١١).

(٢) المكان السابق - ص ١١٤٤ - رقم (٤١٤).

(٣) المكان السابق - ص ١٠٨٨ - رقم (٤١١).

(٤) د/ حسن كيره - أصول - ص ١١٠٤ - رقم (٤٠٤) - مرجع سابق .

(٥) استاذنا الدكتور/ نبيل عمر - السلطة التقديرية - ص ٢٧٣ - رقم (٢٤٤)، استاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - بطرية

الأحكام - رقم (٦٠) - ص ١٥١ .

(٦) راجع المذكرة التفسيرية، ومبررات المادة (١٦) من المشروع - ص ٢١ - مشار إليه .

(٧) استاذنا الدكتور/ نبيل عمر - المكان السابق، استاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - المكان السابق، المذكرة التفسيرية -

المكان السابق.

(٨) على الشرب الجرجاني - كتاب التعريفات - ص ١٦٦ .

اليمني والتي وردت تحت الفصل الرابع من، الباب الأول تحت عنوان (المبادئ الحاكمة للنساء والتقاضى) مفاده أن تكون فكرة التعسف نظرية عامة في القانون الإجرائي (قانون القضاء) هو الذي يحكم معيار التعسف دون تحديد، أو تحديد صور التعسف في استخدام الحق الإجرائي، وغاية الحق الإجرائي المنظم في القانون الإجرائي تحقيق نتيجة عادلة، ولا يكون ذلك إلا باستعمال المتقاضى للدعوى القضائية، ومن خلال هذا الاستعمال يتضح غاية القانون الإجرائي بإصدار القاضي كلمته الفاصلة في ذلك استناداً إلى*الطلب القضائي المقدم من المدعي، وعلى من يدعي العكس (المدعى عليه) أن يثبت ذلك^(١)، وبأخذ نفس التنظيم الدفع وبقيّة الحقوق الإجرائية، ويرى البعض أن الحقوق الإجرائية تطبيق لفكرة الحق في النظرية العامة^(٢). ولكن نلاحظ أن القانون الإجرائي- قانون المرافعات (قانون القضاء) قد وضع ضوابط لاستعماله، وأهمها شرط سلبي عام مفاده عدم التعسف في استعمال الحق^(٣) م(١٧) من القانون اليمني، ويكون الجزاء على مخالفة ذلك جزءً وقائياً (عدم القبول)، أو مالياً (تعويض) أو الجمع بينهما .

وإذا كان القانون قد نص على مبدأ عام آخر م(١٨) مفاده (ممارسة حق التقاضي يقوم على حسن النية)^(٤)، إلا أن هذا المبدأ يكمل فكرة التعسف، وقد برر ذلك في المذكرة التفسيرية للمشروع بالقول أن هذا المبدأ هو مكمل للمبدأ الأول (التعسف)^(٥)، المنصوص عليه بالمادة السابقة، ومعيار التعسف أساسه هو انحراف المتقاضين في استعمال حقوقهم الإجرائية ومجموع المبدئين يشتملان على فكرة واحدة وهو عدم التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية، ومنها حق الإدعاء والدفع المنصوص عليهما في المادة (١٧)، والحكمة من النص على المبدأ الأخير (مبدأ التقاضي بحسن نية) ليكمل المبدأ الأول (التعسف) ويضم إليه كل حقوق التقاضي والتي قد تمارس خارج إطار استعمال حق الدعوى أو الدفاع، كإجراءات التنفيذ والالتجاء إلى النيابة العامة وهي من تطبيقات حق التقاضي^(٦)، ومضمون

(١) راجع د/ فؤاد عبد المنعم- حكم الإسلام في القضاء الشعبي- ١٩٧٢- لم ينكر مكان النشر- ص٢٣ وما أشار إليها من مراجع ملتبس (١).

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٢/١/١٩٧٣- مجموعة أحكام النقض- المكتب الفني- ص٢٨- ص٢٣٢.

(٣) د/ حسن كيرة- أصول- ص١١٤٧- رقم (٤١٤) مرجع سابق .

(٤) د/ أمانة النمر - قانون المرافعات - ص٢١٤ - رقم (١٣٦) - مرجع سابق .

(٥) نص معظم لتشريعات الإجرائية على هذا المبدأ- التقاضي بحسن نية- لأن مبدأ حسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم- راجع د. آدم وهيب- ص٦٧ وما أشار إليها من مراجع وأحكام، ويصيف أن ذلك من الواجبات الأخلاقية التي يلزم أن يتم بها سلوك الخصم.

(٦) المذكرة- تفسيرية لمشروع القانوني اليمني - مطبوعات مجلس النواب - ص٢١ .

(٧) المكان السابق، أراد المشرع أن تكون فكرة التعسف فكرة مستقلة بالقانون الإجرائي، لذلك وضع لها معيار محدد هو الانحراف عن استعمال الحق الإجرائي.

مبدأ التقاضي بحسن نية أن تمارس الحقوق الإجرائية بحسن نية وأن يسلك المتنازعي في الخصومة سلوك الرجل الطيب التزيه فلا يستخدم الإجراءات بقصد إطالة أمد الخصومة، كما يجب عليه الابتعاد عن الكذب والتضليل وإلا كان خصماً سيئ النية^(١). أي أن المقصود بسوء النية هنا أن يكون المتنازعي وهو يتخذ إجراء أو طلباً، أو دفاعاً عالمياً ألا حق له فيه، وإنما قصد بإيدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى، أو الأضرار بالخصم الآخر^(٢).

ومبدأ التقاضي بحسن نية تعبيراً لظهور السبب (النهضي) أو الساعث كحد لحرية الإرادة^(٣). ويتضمن ربط العمل القانوني بفكرة التعسف، والسبب النفسي - الباعث - يتسلل بنية القائم بالعمل، وإذا كان استعمال الحق الإجرائي عملاً إرادياً فإنه يجب الاعتداد بالباعث أو البنية، وصور انحراف النية في القيام بالعمل أضحت سبباً للجزاء^(٤)، والنص العام الوارد في المادة (١٨) من القانون اليمني يؤكد الاعتداد بالنية عند استعمال أي حق إجرائي.

ويتحقق التعسف (الانحراف في استعمال الحق الإجرائي)^(٥) ولو لم يترتب ضرر مادي على الخصم الآخر، فقصود الأضرار في حالة التعسف منعدم وإن وجد فهو هدف ثانوي، لأن الخصم المتعسف يهدف من ممارسة الإجراءات إلى تحقيق مصلحة ذاتية، فهو يستخدمها في الإطار القانوني المشروع ولكن بشكل ملتو يخدم مصلحته بهدف الضغط على خصمه^(٦) حتى يسلّم بمطالبه أو يخسره خسارة باهظة، أو يربكه في ممارسة حقه في الدفاع.

وعلى ذلك إذا كان الأصل أن الخصم حر في مباشرة استعماله لحقوقه الإجرائية فلأن هذه الحرية ليست مطلقة، فيسأل الخصم عن انحرافه في استعمال هذه الحقوق^(٧)، فإذا غالى صاحب الحق الإجرائي في استعماله، كما هو الحال في الدعاوى الكيدية كان مسؤولاً عن ذلك لأن هذه الدعاوى تؤدي إلى زيادة أعباء القضاة، وبالتالي لا تؤدي الحماية القضائية هدفها.

(١) المكان السابق.

(٢) استاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - ص ١٥١ - رقم (٦٠).

(٣) راجع السهوري - الوسيط - ج ٢ - ص ٦٠٣ - رقم (٢٨٢).

(٤) راجع - م (١٢٣) - مصري، م (١٨٦) فرنسي.

(٥) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص ٢١.

(٦) المكان السابق، أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص ١٧٦ رقم (١٢٦)، عكس ذلك استاذنا الدكتور/ عزمي عبد

الفتاح عطيه - نحو فكرة عامة - ص ٢٢٤.

(٧) د/ وجدي راتب - بادئ - ص ٢٤٥ - مرجع سابق.

وصور التعسف في القانون الإجرائي كثيرة ومنها سوء النية م(١٨) من القانون، والتسويق، والمماطلة (Dilatoire) وهو محاولة الحصول على أكبر قدر من الأجل عن طريق طرح دفع مجردة من الأساس أمام القضاء، وإلزامه بالفصل فيها بهدف تأخير الفصل في القضية^(١)، وتسمى بالأعمال (الخبثية)، وقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه يعتبر تسعفاً تعسف المدعى عليه إذا كان سلوكه سبباً في اللد في الخصومة وإسرافه في المضاربة بالمدعى عامداً وإثارة الخصومة أداة (وميكة) له، ووسيلة لإيذائه، والانتقام منه^(٢)، ومن صورة التعسف في القانون الإجرائي استخدام الحق في مباشرة التنفيذ استخداماً تسعفاً، كما هو الحال (التعسف) في طلب حجز أموال مقابل دين يراد اقتضائه لا يتناسب مع المال المحجوز، ومن صورة أيضاً الدائن الذي يستعجل الحجز، كإجراء كيدي كي يشل القدرة الائتمانية لمدينة دون أن يكون هناك ضرورة فعلية للحجز، يكون متعسفاً^(٣)، وعلى ذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن الدائن يكون متعسفاً إذا كان يعلم أن قيمة أحد أموال المدين ستكفي بمفردها لتحقيق الحماية التامة لدينه، ومع ذلك لجأ إلى الحجز على أموال أخرى، كما قضى أيضاً بأن الدائن يكون متعسفاً لأنه رغم ضالة الفائدة التي تعود عليه، قد سارع بإجراء حجز على ما للمدين لدى الغير، أو توقيع حجز على عقارته^(٤)، وقد ذهب البعض إلى أن هذه القاعدة تنطبق على المدين أيضاً في حالة استخدامه لحقه استخداماً تسعفاً^(٥). وهذه الصورة وغيرها تجمعها فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

وقد ذهب البعض إلى تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق الإجرائي تطبيقاً حذراً^(٦)، وترتيباً على ذلك فقد اشترط هذا الاتجاه ضرورة وجود الخطأ للقول بوجود التعسف (Abus)^(٧) وذهب اتجاه آخر إلى التوسع في تطبيق نظرية التعسف كسلاح لمقاومة (التسويق) بأنواعه بحيث تستعمل في مجال

(١) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص ٢٤٨ - مرجع سابق .

(٢) في ١٩٥٢/٤/١٠ - أشار إليه - المكان السابق - ص ٢٤٧، راجع د/ إبراهيم سعد - ج ٢ - ص ٢٨٤.

(٣) راجع أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد - ص ٢٢٧ - ص ٣٩٢ - مرجع سابق، أستاذنا الدكتورة/ أمينة الشمر - قوانين المرافعات - ج ٢ - ص ٢٢٤ - مرجع سابق .

(٤) راجع هذه الأحكام أشار إليها أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري - ص ٢٢٧ - ٢٢٨ - هامش - رقم (٣، ٤، ٥، ١) على التوالي.

(٥) المكان السابق - ص ٢٢٨ .

(٦) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص ٢٢٤ - مرجع سابق.

(٧) المكان السابق ص ٢٤٤، ٢٤٥ وما بعدها.

الخصومة، كالضبط، والسقوط، لتحقيق ذلك السرعة الإجرائية الذي يعتبر من أهداف التسرع الإجرائي^(١).

وعلى ذلك ففكرة التعسف لا ترد إلا على استعمال الحقوق الإجرائية دون غيرها، وترتبط في الانحراف عند استعماله عن غايته، ولا يشترط ضرر لذلك^(٢)، والعبرة في ذلك هي ببلات (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي^(٣)، الذي ينشأ ويتولد عند استعمال حق الدعوى، ويكون محل الطلب بأنواعه أو دفع بأنواعه^(٤).

ونطبقاً لذلك لا مجال لتطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق بالنسبة لمن يحكم لصالحه، ولا يعتبر رفض الطلب تعسفاً كانهما تأسيس الطلب القضائي ولا يستوجب المسؤولية، ومناطق ذلك أن المتقاضى استخدام حقه استخداماً طبيعياً دون تعسف ويكون كذلك إذا استخدم وسائل إجرائية مخول له^(٥)، فإذا أخفق المتقاضى في الإثبات لا يدل بذاته على أنه كان (متعسفاً أو سيء النية) في إطالة أمد التقاضي^(٦).

ولا يعتبر الحكم بالمصاريف على من خسر القضية تعويضاً بقدر ما هو التزام قانوني^(٧).

وقد ذهب البعض إلى أنه يجوز الحكم بالتعويضات على من يخفق في دعواه وفي دفاعه إذا كان يعلم تمام العلم أنه لم يكن محقاً في هذا أو ذاك، فيكون قد قصد بذلك الكيد^(٨)، والحقيقة أن التعويض هنا جزء عن تعسف في استخدام حق الدعوى وهو (الكيد).

(١) ينسب هذا الرأي إلى (ألفون) وتقرير رئيس الوزراء الفرنسي أمام الجمعية الوطنية، بمناسبة تقديم مشروع قانون المرافعات الفرنسي، أشار إليه أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح عطية ص ٢٩٩.

(٢) راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص ١٢ - مشار إليه .

(٣) د. أحمد الصاوي - الوسيط - ص ٣٩٦ رقم (٢٩٠)، د. أحمد أبو الوفا - الدفع - ص ٣١٧.

(٤) أي أن التعسف يكون عند الإدلاء بطلب أو دفع، وقد يكون عند رفع الطعن، أو عند اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ، أو عند طلب استصدار أمر أو عند تنفيذه. راجع أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - ص ١٥١ رقم (٦٠) - مرجع سابق.

(٥) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص ٢٥٠ - المكان السابق، د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٦٥٧ - رقم (٣٤٣).

(٦) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/٧/٣م أشار إليه أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - ص ٢٥٠ .

(٧) أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - الأحكام - ص ١٣٦ - رقم (٥٤)، لسانتنا الدكتور/ أمينة البدر - قانون المرافعات - ص ٢٠٩ - رقم (١٣١) .

(٨) أستاذنا الدكتور/ أبو الوفا - الدفع - ص ٥١ - رقم (٢٠)، د/ نبيل عمر - الطعن بالاستئناف - ص ٢٢٢ - مرجع سابق.

المبحث السادس

جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي

تمهيد: إذا كانت فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي قد قننت في قانون المرافعات م(١٧) فإن الجزاء المترتب عليه يكون جزءاً إجرائياً.

ويقصد بالجزاء الإجرائي كل جزاء رتبته قانون المرافعات على مخالفة قاعدة معينة، والجزاء الإجرائي في جوهره هو وضع، أو حكم عام مجرد لما سيكون عند مخالفة القاعدة القانونية، والجزاء في مضمونه سلبى ويتمثل في الحرمان من مال، أو مصلحة قانونية.^(١)

وللجزاء الإجرائي صور متعددة منها الازدحام، والبطالان، وعدم القبول وعدم الاختصاص، نقض الحكم، واعتبار الدعوى كأن لم تكن، الشطب، سقوط الخصومة، الغرامة الإجرائية ... الخ. وهذه الجزاءات الإجرائية نظمت بقانون (المرافعات) والتشريعات المكملة له.

وسنذكر هنا عن الجزاء الإجرائي الذي يرد على التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وهو جزاء وقائي يتمثل في الدفع (بعدم القبول) وجزاء مالي (تعويض).

المطلب الأول

الجزاء الوقائي لفكرة (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي

(الدفع بعدم القبول)

سبق القول أن فكرة (التعسف) تجاوز فكرة (المسؤولية) لأنها تعمل على رفع الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً.^(٢) أي أن الجزاء على التعسف قد يكون وقائياً مما يحول دون وقوع ضرر أصلاً ويتقاضي قيام المسؤولية التعويضية.

لذلك ذهب الفقه الإجرائي السائد إلى أن الدفع بعدم القبول يعتبر جزاء إجرائياً^(٣)، وأن هذا الدفع أساسه (فكرة التعسف) لاستعمال المعيب لحق الدعوى الطلب والدفع^(٤) والواقع أن فكرة (عدم التبول)

(١) راجع د/ حسين كيرة- أصول - ١١٠٢ - رقم (٤٠٤)، د/ أحمد هندي - ص ٣٦٧ .

(٢) لسليمان التكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ١٦٩ - رقم (١٠٩)، د/ أمينة النمر - ص ٤١٤ .

(٣) راجع عبد الحميد أبو هيف - ص ٢٢٢ - رقم (٤١٠)، د/ أحمد السيد الصاوي - الوسيط - ص ١٣٨ - رقم (٨٥)، د/ الشرفاوى - الرسالة - ص ٥١ - رقم (٤٦)، قرب ذلك د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٦٥٠، راجع في تعريف هذا الدفع حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٨/١٢/١٩٦١م، ٢٣/٥/١٩٧٢م، ٢٣/٥/١٩٧٩م، وبغض ٢٣/٥/١٩٧٢م، ٢٦/٦/١٩٨٨م أشار إلى ذلك أحمد هندي - المكان السابق، الشراوى وجميعي - المرافعات - ص ١٢١، راجع د/ أحمد هندي المرافعات - ص ٢٠٣، د/ وجدي رابع - البحث السابق - ص ٩٦، أحمد حسين - الرسالة السابقة - ص ٢٤٢ - حكم النقض المصري - ٢٦/٤/١٩٨٠م - منشور في مبنوة أبو السعود - ص ٦١ .

تواجه تصف أو عدم تصف الخصم في استخدام حقه الإجرائي، فالمحكمة قبل أن تنتظر في وجود الحق المدعى به أو عدم وجوده، يجب عليها أن تتأكد من توافر شروط معينة يؤدي تخلفها إلى افتراض تصف الخصم في استعمال حقه وبالتالي إلى الحكم بعدم القبول، وعدم الخوض في النظر فيما إذا كان صاحب الحق الإجرائي محقاً في دعواه أم لا.^(١)

لذلك فالدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يتوفى بها المتقاضى مقاضاته بحق إجرائي تصفي من جانب خصمه، وغايته القانونية تتمثل في عدم قبول الحق الإجرائي الذي تصف صاحبه باستعماله^(٢)، أي أنه يستهدف منع المتقاضى من استعمال حقه الإجرائي استعمالاً تصفياً^(٣). فالدفع (بعدم القبول) لا يكون وسيلة هجومية، وإنما أثراً قانونياً سلبياً يتمثل في (عدم قبول)^(٤)، وتقادى الاستعمال المتصف للحق الإجرائي مما يحول دون وقوع ضرر أصلاً، ويتقضى قيام المسؤولية التعويضية، ولعل فكرة (عدم القبول) هي أهم وسيلة لذلك، إذن الدفع بعدم القبول هو وسيلة قانونية للوصول إلى غاية معينة هي عدم قبول (الحق الإجرائي) دعوى أو طلب أو دفع م(٧٥) من القانون اليمني لا تتوافر شروطه.

وإن كان الأمر كذلك فقد نص القانون الإجرائي (قانون القضاء) أو قانون المرافعات على المبدأ العام بمنع التصف م(١٧، ١٨) ونصت المواد (٧٥، ٧٦، ٧٧) على شروط عامة لاستعمال هذا الحق، وكما وردت نصوص في مواضع مختلفة على شروط خاصة لبعض الحقوق الإجرائية، ومنها على سبيل المثال المادة (١٨١) والتي تقضي على أنه يسقط الحق في الدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع بالبطان... وغيرها من سائر الدفوع الإجرائية إذا لم تبد جميعاً، أو ما يراد إيدأؤه منها دفعه واحدة قبل الدخول في الموضوع، والمادة (١٨٩) التي توضح شروط الاختصاص، والمادة (١٩١) والتي توضح شروط الإدخال أمام محكمة الاستئناف، والمواد (١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١) المتضمنة شروط تقديم الطلبات المعارضة... الخ.^٥

(١) د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٣٢٦.

(٢) راجع د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٣٢٥ - مرجع سابق، د. فتحي والي - الوسيط - ص ٦٦ - رقم (٣٧).

(٣) د. أحمد خليل - المكان السابق - ص ٣٢٦.

(٤) د/ الترقاوي - الرسالة - ص ٥١ - رقم (٤٦).

(٥) د/ نجيب سعد - القانون القضائي - ص ٦٥٠ - رقم (٢٥٩)، د/ أسينة النمر - الوجيز في قانون المرافعات - ص

٤١ - رقم (٤٠)، استأذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ١٦٩ - رقم (١٠٩)، استأذنا الدكتور أحمد

أبو الوفاء - المرافعات - ص ٢١١، رقم ٢٠١.

وإن كان الأمر كذلك فإن الحق الإجرائي يخضع لشرط سلبى معاده عدم التسف في استعماله .
 بمعنى أن الحق الإجرائي يجب أن يستعمل طبقاً لشروطه القانونية، وإلا اعتبر غير مقبول، وقد
 أشارت المادة (٧٥) من القانون إلى الجزاء الوقائي، ومضمونه عدم قبول - الطلب أو الدفع - الذي لا
 يتوفر فيه شروط حق الدعوى^(١)؛ أي أن هذا الدفع (عدم القبول) يوجه إلى شروط الحق الإجرائي، فإذا
 تخلف شرط من تلك الشروط للمتناقضي الآخر أن يدفع (بعدم قبول) الحق الإجرائي - الطلب أو الدفع
 - فيمتنع على القاضي النظر فيما قدم إليه^(٢). وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية، والذي
 يقضي على أن الدفع بعدم القبول يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي
 الصفة، المصنبة، والحق في رفع الدعوى باعتباره مستقلاً عن ذلك الحق الذي ترفع الدعوى بطلب
 تقريره، كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها، أو لانقضاء المدة المحددة في القانون
 لرفعها.^(٣)

لا يشترط حصول ضرر للحكم بالجزاء الوقائي (عدم القبول):

إذا كان الحكم (بعدم القبول) جزءاً إجرائياً وقائياً لفكرة التسف لاستعمال الحق الإجرائي فلا يلزم
 إثبات ضرر للحكم به وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بالقول (ينبغي أن يكون الدفع بعدم
 القبول حكماً بدون ثبوت ضرر من إيدائه، أو حتى وجود نص صريح بعدم القبول)^(٤)، أي ليست
 العبارة بثبوت ضرر من عدمه، بل العبارة بوجود أو عدم وجود تصف في استعمال الحق، مع ضرورة
 التمييز بين التسف الصادر من الخصم وعن مبدى الدفع^(٥). لذلك فمن يدعى تسف خصمه عليه
 إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات أي أن الأصل في استعمال حق الدعوى أنه مقبول - إذا
 كان غير نسفي - وعلى من يطلب (عدم القبول) إثبات ما يدعيه، وأن لم يستطع الإثبات فالدفع
 مرفوض، ورفض الدفع بعدم القبول يعني، قبول الحق الإجرائي (الطلب أو الدفع).

(١) استاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو فكرة عامة - ص ٢٤٢، د/ أحمد مندي - المرافعات - ج ٢ - ص ٣٢٦ - ص ٤٥٣، ص ٦٥٠.

(٢) المكان السابق، د/ أحمد خليل - المرافعات - ص ٣٢٦، ص ١٦١، استاذنا الدكتور/ أمينة السر - قانون
 المرافعات - ص ٣١٠ - رقم (١٩٣)، د/ وجدي راغب - البحث السابق - ص ٩٩، حكم محكمة النصب المصرية
 في ١٩٦٢/٣/٢٩م - مجموعة أحكام النقض - ١٢ - ٣٣٩.

(٣) راجع الحكم السابق .

(٤) أشار إلى ذلك أحمد حشيش - ص ٣٩٢ - الرسالة السابقة .

(٥) المكان السابق .

سبب الحكم بعدم القبول:

وسبب الإذفع (بعدم القبول) يكون في التحقق من وجود \sim في استعمال الحق 'عم'، فإذا كان هذا الحق ينشأ من استعمال حق الدعوى القضائية، وكان هذا الشرط قانون المرافعات أو (صون القضاء) - ينظم الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق، فإن تخلف شرط من شروط استعمال حق الدعوى القضائية كان سبباً للحكم (بعدم القبول) لذلك قيل بحق أن عدم القبول هو تكليف قانوني لطلب أو دفع قضائي (الحق الإجرائي) تخلفت فيه الشروط اللازمة لقبوله، ويؤدي الحكم بعدم القبول إلى امتناع المحكمة من نظر محل هذا الطلب أو الدفع (الحق الإجرائي)⁽¹⁾، فامتناع المحكمة من نظر الطلب أو الدفع القضائي (الحق الإجرائي) يكون أثراً لتخلف الشروط اللازمة لقبول الطلب، أي أن الدفع بعدم القبول يتعلق بالشروط العامة أو الخاصة لقبول الدعاوى .

كيفية إبداء الدفع بعدم القبول:

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) كجزاء قانوني لمخالفة قاعدة قانونية إجرائية أمرة أو مكملة، أي أنه جزء إجرائي وقائي على الانحراف في استعمال الحقوق الإجرائية فإنه يمكن إيداعه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، أي أمام درجات التقاضي: المختلفة^(١٢) م(١٨٧) من القانون اليمني، وإذا كان الدفع (بعدم القبول) وسيلة جزء وقائي لاستعمال الحق الإجرائي، والذي ينشأ عند استعمال حق الدعوى، فإن الدفع بعدم القبول يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات، مادام استخدم هذا الدفع (بعدم القبول) استخداماً طبيعياً.^(١٣) المادة (١٨٧) التي تنص على أنه (يجوز إيداع الدفع بعدم القبول - عدم جواز النظر - أمام درجتي التقاضي في أي حالة تكون عليها الخصومة...)، وترجع الحكمة في ذلك إلى طبيعة الدفع (بعدم القبول) وأنه جزء إجرائي وقائي يتعلق (بعدم قبول) الحق الإجرائي - الطلب أو الدفع - لعدم توافر شرط من شروطه، لأنه من الممكن استعمال هذه الحقوق أمام القضاء في أوقات مختلفة، فإن العبرة في التمسك بالدفع (بعدم القبول) لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى،

(١) أساتذتنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ١٤٩ - رقم (١٠٩)، أساتذتنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - الدفع - ص ٨٥٢ - رقم (٤٦٩)، أساتذتنا الدكتور/ أمينة النمر - الدعوى - ص ٢١١ - رقم (٩٥)، د/ أحمد هندي - ص ٥٣ - رقم - - سراقفات - ص ٢٢٥، الشرفاوي وجيمي - المرافعات - ص ١٢١ - رقم (٨٢) - مرجع سبق

(٢) راجع في تكليف ذلك حين عمر - الدفع بعدم القبول - ص ٢٤١ .

(٣) ولهذا فإن الدفع (بعدم القول - يجب منطقياً - لكي يحقق هدفه أن يبدي قبل الكلام في الموضوع غير أن القانون أجاز إثارتة في أي حالة تكون عليها الإجراءات، مراعيًا بذلك حقوق الدفاع، راجع د. فتحي - والي - الوسيط - ص ٤٩٤.

وإنما وقت الحكم بالموضوع، ولذا كان منطقياً تمكين الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية مرحلة قبل الحكم في الموضوع^(١). ولذا فإنه لا يجوز التمسك بالدفع (بعدم القبول) لأول مرة أمام المحكمة العليا^(٢) إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام^(٣).

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) هو الجزء الوقائي لاستعمال الحق الإجرائي استعمالاً منحرفاً، كان هذا الجزء له طبيعة إجرائية شأنه شأن الجزاءات الإجرائية الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات، كما أن الطبيعة الإجرائية تكون للدفع بعدم القبول الذي يواجه مدد التقادم - الموضوعية - التي تشكل عقبة في سبيل مكنه الالتجاء إلى القضاء، ومن ثم يفقد الحق الإجرائي (الطلب) - المنضمناً حقاً موضوعياً متقادماً - شرطاً من شروط قبوله، واعتبر المدعي متسبباً في استعمال دعوة، ويستطيع الخصم الآخر التمسك بدفع ذلك بوسيلة إجرائية وهو الدفع (بعدم القبول)^(٤)، وكذلك الحال في الدفع بعدم القبول لاتفاق الأطراف على الصلح قبل رفع الدعوى^(٥).

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) هو الجزء الوقائي لاستخدام الحق الإجرائي استخداماً متسبباً، فإن الدفع (بعدم القبول) إسقوط الخصومة - نتيجة لإهمال أحد الخصوم - هو الوسيلة (عدم القبول) الذي يستخدم من الخصم - التمسك بالسقوط - ضد خصمه الذي استخدم حقه تسبباً كونه بائس حقه الإجرائي أو سلطته - استخدام حقه - في اتخاذ الإجراء بعد فوات الميعاد المحدد بالقانون لاتخاذ^(٦).

(١) د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٤٩٤ - رقم (٢٨٦).

(٢) د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٦٥٤ .

(٣) المكان السابق - ص ١٨٧ - رقم (١٢٠).

(٤) المكان السابق - ص ٢٢٤ - رقم (١٤٠).

(٥) استاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ١٨٣ - رقم (١١٧) ، ويرى البعض أن قاعدة (لا بطلان فيما لو تحققت الغاية من الإجراء) م (٤٩) من القانون تعتبر تطبيقاً لفكرة التسبب، بمعنى لا يقبل الدفع بالبطلان فيما لو كانت الفائدة منه لا تتعامل مع ما يصيب الخصم من ضرر، أي أن التمسك بالبطلان عليه إثبات البطلان فقط ولا يحتاج لإثبات ضرر، وإذا أراد الخصم الآخر دفع (الدفع بعدم قبول البطلان) عليه إثبات تحقق الغاية من الإجراء الباطل، لذلك ذهب الفقه الإجرائي إلى أن أساس القاعدة السابقة تتمثل في فكرة المغالات (التسبب)، راجع أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص ١٧٩ - رقم (١٢٦)، ويشير إلى جميل الشراقوي - نظرية البطلان في التصرف القانوني - ص ١٣٢، رقم (٤٨)، الذي يقرر أن الأصل في البطلان - أن وجوده - لا يتوقف على وجود ضرر لأن البطلان ليس جزاءً تعويضاً، وليس مسؤولية، وراجع م/ (١٢٤) من قانون المرافعات الفرنسي، راجع أبو الوفا - الدفوع - ص ٩٥٩، عكس ذلك د/ فتحي والي - الوسيط - ص ٢٠٤ - رقم (٢٤٨) هامش رقم (٢٢١). وقرن د/ أحمد الصلبي - الوسيط - ص ٣٩٦ - رقم (٢٩٠)، أبو الوفا - الدفوع - ص ٣١٧. راجع استاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا - ص ٣١٧، وما بعدها رقم (٣١٩) ، راجع د/ إبراهيم نجيب سعد - ج ٢ - ص ٣٩ - رقم (٣٢١)، راجع د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٣٧٧ - ص ٣٨٢ .

وإذا كان الحق الإجرائي ينشأ عن استخدام حق الدعوى القضائية م(٧٠) من القانون البلجيكي والتي تنص على أن الدعوى (هي الوسيلة الشرعية أو القانونية لكل ذي إدعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية)، فإن الدفع (بعدم القبول) يواجه الاستخدام التعسفي للطلب أو الدفع ويكون منطوقاً (عدم القبول) وهو تخلف شرط من شروط قبول (الطلب أو الدفع)، أي أن الدفع (بعدم القبول) وسيلة يتوقى بها المتقاضى مقاضاته بحق إجرائي (الطلب أو الدفع) تعسفي من جانب خصمه.

وإذا كان الدفع (بعدم القبول) جزءاً إجرائياً وقائياً هو (عدم القبول) فإن سلطة المحكمة تتقيد في ذلك بالمقتضيات العامة لسلطة العمل القضائي^(١) كما تتقيد بالمقتضيات الخاصة لإمكانية الحكم (بعدم القبول)، لذلك يتفق الفقه أن الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام تستطيع المحكمة إثباته من تلقاء نفسها^(٢)، طبقاً للمواد (٧٦ ، ١٨٢ ، ١٨٧) ... الخ، أي أن القاضي يثيره من تلقاء نفسه الدفع (بعدم القبول) المتعلق بالنظام العام، إذا تبين له ذلك من الوقائع المفروضة عليه حتى لو امتنع الخصوم عن التمسك به، ومثل ذلك الطلبات الجديدة أمام الاستئناف م(٢٨٨/هـ)، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه بعد الميعاد م(٢٧٥)، ومعنى ذلك أن القاضي يبحث في كل حالة على حدة لكي يرى مدى تعلق الدفع بعدم القبول الذي يؤثر بصده النظام العام^(٣).

ونخلص من ذلك، أن الدفع (بعدم القبول) هو جزء إجرائي يستهدف الوقاية (عدم القبول) من التعسف في استخدام حق الدعوى القضائية ولهذا (عدم القبول) يغني عن الفصل في موضوع الحق الإجرائي (الطلب أو الدفع)، وأن التعسف يمكن أن يرد على كل حق إجرائي (طلب أو دفع) ينشأ نتيجة استعمال الدعوى، لأنه ينشأ عنها حقوق إجرائية كثيرة (طلب بأنواعه، أو دفع بأنواعه) إذن الحكم (بعدم القبول) هو جزء إجرائي محله (التعسف) في استعمال (الحق الإجرائي) طلب أو دفع^(٤).

المطلب الثاني

الجزاء العلاجي (التعويضي) للتعسف في استعمال الحق الإجرائي

الجزاء التعويضي هو المبلغ التقدي الذي يتقاضاه المتقاضى من المتقاضى الذي استعمل حقه استعمالاً تعسفياً.

(١) د/ وجدي راغب - الرسالة - ص ٥٧٧ .

(٢) أستاذنا الدكتور / نبيل عمر - الدفع بعدم القبول - ص ٢٥٧ - رقم (١٦١)، ص ٢٤٩ - رقم (٢٦٩) - مرجع سابق.

(٣) المكان السابق - ص ٢١٢ - رقم (١٣٤)، مرجع سابق.

(٤) راجع المكان السابق - ص ٢٨١.

وعلى ذلك يستطيع المتقاضى طلب التعويض طالما المتقاضى الآخر قد استعمل حقه الإجرائي استعمالاً تسفيئياً، وللمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بتعويض على خصمه عن كل حق إجرائي - طلب، أو دفع - يقصد به (التسفي) ^(١)، وعلى ذلك فقد وردت نصوص عدة في القانون الإجرائي - قانون المرافعات - للجزاءات التعويضية تحكم بها المحكمة في حالة استعمال الحق استعمالاً تسفيئياً، وقد جاء المبدأ العام على الجزاء التعويضي في المادة (١٧٠) من القانون التي تنص على أنه (يجوز للمحكمة أن تحكم للخصم بناء على طلبه بغرامة على خصمه عن كل دعوى، أو دفاع يقصد به الكيد كما يجوز لها دون طلب أن تحكم على ذات الخصم لذات الأسباب بغرامة مناسبة للخزانة العامة وأن تبين أسباب ذلك في حكمها)، كما وردت نصوص أخرى للجزاء التعويضي في حالة التسفي عن ذلك ما نصت عليه المادة (٣١١) والتي تنص على أنه (إذا حكم بعدم قبول الالتزام صودرت الأمانة أما إذا حكم برفض الالتزام موضوعاً فتحكم المحكمة على طالب الالتزام بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال وبمصادرة الأمانة، وبالتعويض للمتضرر أن كان له وجه)، والمادة (٣٠٠) والتي تنص على أنه (... وفي حاله عدم قبول الطعن أو رفضه تحكم على رافعه بالنفقات، ومصادرة الكفالة، وإذا تبين إرادة الكيد من الطاعن حكمت عليه بالتعويض للمطعون ضده) ^(٢)، والمادة (٢٥٩) التي تقضي على أنه (إذا حكم بعدم قبول التدخل تحكم بالنفقات الخاصة بطلب التدخل على المتدخل)، والمادة (٢٥٧) والتي تنص (... ولا تدخل في نفقات المحاكمة التعويضات ولا ما قضت به المحكمة على الخصوم من غرامات بسبب تعطيل الفصل في الدعوى وعدم الامتثال لقراراتها وأوامرها) ^(٣)، والمادة (١٤٢) والتي تنص على أنه (تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله على طالب الرد بغرامة لا تزيد على خمسة عشر ألف ريال يكون منها مبلغ الكفالة المحددة ...)، والمادة (٢١١) والتي تنص على جزاء تعويضي في حاله التسفي عن التنازل عن الحق الإجرائي قضت الفقرة الثانية منها على أنه (... ويحكم على المتنازل بالنفقات والتعويضات اللازمة للمدعي عليه إذا طلبها...).

والتعويضات المقررة كجزاء (للتسفي) لاستعمال الحق الإجرائي لها ذاتية مستقلة عن التعويضات المقررة كجزاء (للمسؤولية التقصيرية) وهو ما توحى به المادة (١٩٨) التي تجيز طلب التعويض للمسؤولية أن كان له وجه حيث نصت على أنه (للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يأتي:

١-.....

(١) د/ إبراهيم نجيب سعد - ج ٢ - ص ٢٨٤ مرجع سابق.

(٢) في حالة الطعن بالنقض.

(٣) هذه المادة تفرق بين نفقات المحاكمة والتعويضات.

٢- طلب الحكم له بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى أو من إجراء فيها).

ولسنا هنا بصدد إيراد النصوص القانونية المقررة للجزاء التعويضي، أو حصرها في حالة التعسف، ولكننا نشير إلى أن فكرة التعسف الإجرائي فكرة خاصة لها ذاتية واستقلال عن فكرة المسؤولية التقصيرية، ويتضح ذلك من خلال المواد السابقة الذي يكون طلب التعويض استناداً لفكرة التعسف، أما طلب التعويض طبقاً للمسؤولية التقصيرية فيستند إلى ضرر لحق الخصم وتكون محله في المسؤولية التقصيرية إذا توافرت مقتضياتها، وإن شئنا التذلل لما نذهب إليه يمكن الرجوع إلى المادة (٣٨٧) والتي تنص على أنه (إذا حكم ببطالان الحجز التحفظي أو بإلغائه لانعدام أساسه أو حكم برفض دعوى الحق الموضوعي يرتفع الحجز، وتحكم المحكمة على الحاجز بغرامة لا تتجاوز خمسين ألف ريال، وبالتعويضات للمحجوز عليه أو المحجوز لديه عما أصابها من ضرر بسبب الحجز...^(١))، وهذه المادة تقرر فكرة (التعسف) بصورة واضحة ودقيقة إذ ربطت الحكم بالغرامة المالية بمبلغ خمسون ألف ريال نتيجة للاستخدام السيئ للحق الإجرائي (دعوى ثبوت الحق، وصحة الحجز)، كما لو رفعت هذه الدعوى بعد المدة، أو لوقوع الحجز على مال غير مال المحجوز عليه، كذلك إلغاء الحجز التحفظي لانعدام أساسه^(٢)، وعلى ذلك تكون الغرامة للحد من استخدام الدعاوى الكيدية وهو التعسف في هذا الجانب^(٣). وبالتالي لا يتطلب القانون ثبوت الضرر، وإنما إثبات (التعسف) وهو الانحراف في استخدام الدعوى المذكورة، أما لفظ (وبالتعويضات للمحجوز عليه والمحجوز لديه) في المادة السابقة يتمثل في طلب ^{من} التعويض طبقاً للمسؤولية التقصيرية أن كان لذلك مقتضى، وهو ما أشارت إليه المادة بقولها عما أصابها من ضرر بسبب الحجز.

والحال كذلك عند الحكم بالغرامات المقررة لصالح الخزينة العامة في حالة (التعسف)، أو سوء نية رافعها، ويحدد غرامة خاصة بتعين الحكم بها عليه في هذه الأحوال، وقد تكون الغرامة جوارية، ويتعين على المحكمة أن تحكم بالغرامة من تلقاء نفسها متى كانت لصالح الخزينة العامة، وقد يجيز القانون منح الحكم بالغرامة كلها أو بعضها لصالح المتقاضى الآخر^(٤). والحكمة من تقرير التعويض المزدوج- الغرامة والتعويض- على التعسف يرجع إلى أن الغرامة المحكوم بها لصالح الدولة نتيجة

(١) راجع م(٢٢٤) من القانون المصري، راجع في شرح ذلك أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- قواعد- ص٤٣٢.

(٢) راجع كتابنا - قانون التنفيذ الجبري - ص٢٧٤- مرجع سابق.

(٣) راجع المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - مطبوعات مجلس النواب - ص٢٥١.

(٤) راجع تفصيلاً أستاذنا الدكتور/ أحمد أبو الوفا- نظرية الأحكام - رقم (٦٤) - ص ١٧٠ وما بعدها، وكتابه التعليق

على قانون المرافعات - م(١٨٨) - ص٧٢٩، مشار إليهما، د/ إبراهيم نجيب سعد - ج ٢ - ص ٢٨٥.

للتعسف - الانحراف - إن هذا التعسف قد تسبب في سلوكه المنحرف في الكيد للخصم الآخر المتعدي إلى الدولة، فالغرامة تؤدي إلى ضمان حسن سير العدالة.

ولم تحدد بعض التشريعات الجديدة مقدار الغرامة التي تحكم بها المحكمة على الخصم المتعسف، وإنما أجازت للمحكمة الحكم بها بالكيفية التي تراها، وحكمت بغرامات كبيرة على الخصم المتعسف ردعا له على تعسفه، ومن شأن ذلك الإخلال من حالات التعسف.^(١)

وإذا كان القانون قد كفل الحقوق الإجرائية للكافة م(١٧) فإنه لا مسئولية على من ولج أبواب القضاء، واستعمل حقه الأجر بان الطلب حقا يدعيه لنفسه وكان بذلك مستعملاً حقه طبقاً للشروط المحددة في القانون، ولكنه يسأل إذا انحرف عن استعمال حقه واستعمله استعمالاً كيدياً فنُبوت التعسف (الانحراف) يؤدي إلى المسئولية^(٢).

والجزء المالي على التعسف (الانحراف) في استعمال الحق الإجرائي يكون في جميع الحقوق الإجرائية، سواء حدث هذا الانحراف أو الماطلة في عملية الإعلان، أو عند تقديم المستندات، أو عند رفع الدعوى، أو عند تقديم طلب أو طعن^(٣).

ويعتبر الجزء التعويضي على التعسف (الانحراف) من أهم صور الجزاءات الإجرائية المالية، وأكثرها ردعاً، ومن شأن ذلك أن يحد من الدعوى الكيدية، ويؤدي إلى استعمال الحقوق الإجرائية استعمالاً قانونياً وبالتالي يستطيع القضاء للقيام بعمله على أكمل وجه.

والمحكمة المختصة في نظر دعوى (التعسف) هي ذات المحكمة التي تنظر الطلب أو الدفع (الكيدي) توفيراً للجهل^(٤)، ومنعاً لتناقض الأحكام أي أنه يلزم الخصم الذي يعاني من تعسف خصمه الالتجاء إلى ذات المحكمة التي تمت أمامها الإجراءات التعسفية لأنها أدركت من غيرها وأكثر صلاحية منها في تقدير طلب التعويض، وإذا اتخذ الإجراءات التعسفية أمام محكمة النقض فإن هذه المحكمة هي التي تختص وحدها بنظر التعويض عنه^(٥)، وطلب التعويض عن إجراء تعسفي من إجراءات التنفيذ،

(١) راجع المادة (٢٧٠) من القانون الفرنسي، وشرح ذلك د. أحمد مندي - آثار أحكام محكمة النقض - ص ٥٣ -.

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٤/٣/١٩٨٣م، طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٤، ص ٧٤٦، راجع د. أحمد مندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، ص ٥٠.

(٣) د. أحمد مندي - آثار أحكام محكمة النقض - ص ٥٣، المرجع السابق.

(٤) المكان السابق - ص ١٦٣، رقم (٦٢)، د/ نجيب سعد - ج ٢ - ص ٢٨٥ د. عبد الفتاح الصيني، تأصيل الإجراءات، ١٩٨٥م ص ٢٣٧.

(٥) لستانا د. أحمد أبو الوفا - ص ١٦٤ - رقم (٦٢)، د. أحمد مندي، آثار أحكام النقض، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٦٠.

فيكون قاضي التنفيذ هو المختص، ذلك أن طلب التعويض قد نشأ بسبب منازعة تنفيذ^(١). وبالتالي تعتبر من منازعات التنفيذ الذي يختص بها قاضي التنفيذ، كما أنه للمحكمة الجنائية الابتدائية نظر طلب التعويض عن تعسف لحق بالمتهم بسبب رفع الدعوى المدنية عليه إذا كان لذلك وجه، وإذا فات على المتهم المطالبة بهذا التعويض أمام المحكمة الجنائية كان له أن يطالب به أمام المحكمة المدنية^(٢).

ويلاحظ أنه يمكن الجمع بين الجزائين الوقائي (الحكم بعد القبول) والمالي الحكم بالتعويض فجاء (التعسف) في الدفع (بعدم القبول) بإيداعه متأخراً لا يكتفي برفض هذا الدفع، وإنما بجزء آخر (تعويضي)، فللقاضي أن يحكم بالتعويض على الخصم الذي يثير الدفع بعدم القبول متأخراً بقصد المصالحة^(٣).

لا يشترط وجود ضرر للحكم بالتعويضات كجزاء للتعسف:

مما سبق يتضح أن التعويضات أو الغرامات التي يحكم بها القاضي في حالة التعسف في استعمال الحق الإجرائي لا يشترط للحكم بها ثبوت الضرر، بمعنى إذا قصد الخصم من استعمال حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً لا يشترط ثبوت الضرر للحكم عليه بالتعويض عن هذا التعسف بل يتطلب ثبوت التعسف فحسب، وبذلك فالتعويض أو الغرامة الإجرائية للتعسف لا تقدر بالضرر ولا ترتبط به وإنما ترتبط بالتعسف، أما الحكم بالتعويض في حالة المسؤولية التصديرية فهو جبر للضرر وليس جزاءً وردعاً، لذلك لم تشترط محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها (ثبوت الخطأ) وثبوت الضرر في حالة طلب التعويض عن التعسف^(٤).

وعليه يثبت التعويض بإثبات التعسف (أي الانحراف باستعمال الحق الإجرائي) ولو لم يترتب ضرر مادي على الخصم الآخر، فقصد الإضرار في حالة التعسف منعدم وأن وجد فهو هدف ثانوي^(٥).

وقد ذهب البعض^(٦) إلى اشتراط الضرر في حالة الحكم بالتعويض أو الغرامة عن التعسف وأن تطبيق نظرية التعسف في الحقوق الإجرائية تطبيقاً ضيقاً، على اعتبار أن الشخص المشاكس سيئ النية

(١) المكان السابق - ص ١٧٠، د/ أحمد هندي - المرافعات - ص ٢٢٩ - مرجع سابق، د/ إبراهيم نجيب سعد - ج ٢ - ص ٢٨٤ وما بعدها - مرجع سابق .

(٢) د. عبد الفتاح الصفي، تأصيل الإجراءات، المكان السابق.

(٣) راجع أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص ٢١٥، والمادة (١٢٣) فرنسي، م (١٨٨) مصري .

(٤) أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - قواعد - ص ٢٢١ - مرجع سابق، د. أحمد خليل - ص ٣٢٩ .

(٥) المذكرة التفسيرية لمشروع القانون - ص ٢١ - مشار إليه، عكس ذلك أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن - ص ٢٢٣ مشار إليه، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - نحو - ص ٢٤٤ - مرجع سابق.

(٦) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الطعن - ص ٢٢٣ - رقم (١٦٠)، أستاذنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح - المكان السابق، د. أم وهيب - ص ٦٦ مرجع سابق.

يستطيع أن يتغلب على هذه النظرية بحيث يقع خطرهما على أشخاص هم فعلاً في حاجة إلى الحماية القضائية، ويخشون استخدام حقهم في الدعوى خضية احتمال الحكم عليهم بالتعويض^(١). ويرد على ذلك أنه في الواقع العملي يلاحظ كثرة استعمال الحقوق الإجرائية استعمالاً تعسفياً، وبذلك يكون الجزاء رادعاً مهماً لهؤلاء.

وإذا كان الفقه^(٢) والقضاء^(٣) يقرران أن مسؤولية طالب التنفيذ (تنفيذاً لحكم مشمول بالنفاذ المعجل)، إلا أنهم يختلفوا على تحديد الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام بالتعويض في هذه الحالة، ولكن يمكن تحديد هذا الأساس في فكرة (التعسف) في استخدام الحق الإجرائي فطالب النفاذ المعجل إذا استعمل حقه استعمالاً تعسفياً أو منحرفاً كما لو كان سيء النية كان مسؤولاً عن ذلك، ويكفي لتحقيق المسؤولية في ذلك أن يلغي الحكم المشمول بالنفاذ المعجل^(٤).

نخلص من ذلك أنه إذا استعمل الخصم حقه الإجرائي لا يكون مسؤولاً عن استعماله لهذا الحق استعمالاً طبيعياً، أما إذا كان هذا الاستعمال (منحرفاً) أي استخداماً تعسفياً فإن ذلك يوجب المسؤولية، لذلك نجد أن القانون قد قرر جزاء مالياً يقع على المدعي في حالة إخفاقه في بعض الدعاوى - كما هو الشأن - في دعوى المخاصمة م(١٥٣) فمثل هذا الجزاء مقرر للحد من استعمال هذه الدعوى بقصد الكيد، وهذا الجزاء يحكم به ولو لم يترتب ضرر.

المبحث السابع

التنازل عن الحق الإجرائي

إذا كان الحق الإجرائي يرد على محل (الإدعاء أو الدفع) م(١٧) وغرض الخصم من الطلب (الإدعاء) تحقيق مصلحة التي تتمثل في (تقرير) من القاضي، وإلى وسائل دفاع (الدفع) والتي تتمثل في (عدم تقرير) من القاضي ولذلك قيل أن الطلب وسيلة إيجابية أما الدفع وسيلة سلبية^(٥).

(١) أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - المكان السابق، د. آدم وهيب - ص ٦٧ مرجع سابق.

(٢) راجع تفصيلاً - المكان السابق - ص ٤٨٥ - رقم (٤٢٦) وما بعدها .

(٣) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٧/٣/٦٩ ، ١٥/١/١٤٨٨م، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٣/٥/٦٩ مجموعة أحكام النقض - ص ١٨ - ص ١٠٨٤.

(٤) راجع أستاذنا الدكتور/ أمينة النمر - الدعوى - ص ١٨ - مرجع سابق .

(٥) أستاذنا الدكتور/ احمد أبو الوفا - المرافعات المدنية - ص ٢١١ - ق ٢٠١ - مرجع سابق .

لذلك فقد نظم قانون المرافعات اليمني (التنازل عن الخصومة) في المواد (٢١٠ إلى ٢١٣) والتي تنص على أنه (يجوز للمدعي التنازل عن الخصومة في أية حالة تكون عليها الخصومة بإحدى الطرق الآتية...الخ)^(١).

والمادة (٢١١) والتي تنص على أنه (يترتب على التنازل إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك إجراء رفع الدعوى... ويستثنى من ذلك أثر مرور الزمن على سماعها، وبحكم على المتنازل بالنفقات وبالتعويضات اللازمة للمدعى عليه إذا طلبها وإذا تنازل الخصم عن أية ورقة من أوراق المرافعات أو إجراء من إجراءات الخصومة اعتبرت الورقة أو الإجراء كأن لم يكن) .

والمادة (٢١٢) والتي تنص (يعتبر التنازل عن الحق المدعى به كاملاً تنازلاً عن الحق في الدعوى والخصومة...).

ومن هنا إذا كان الأصل في العمل الإرادي (العمل القانوني) بصفة عامة، أنه إرادة معبرة عنها^(٢)، ولأن الأصل في العمل القانوني بصفة عامة، أن وجوده الخارجي يتحقق بالتعبير^(٣)، لذلك فالأصل أنه ليس هناك - فكرة الحق الإجرائي - بغير التعبير عنه. والأصل هو جواز طرح أو إيداء أو إثارة، أو التمسك بالحق الإجرائي -م(١٠٠) من القانون- كتابياً كما يجوز طرح أو إيداء أو إثارة أو التمسك به شفاهة، والتنازل وأن كان عملاً إرادياً، إلا أنه عمل إرادة إجرائية وهذا يعني أن مضمون الإرادة في هذا العمل إنما هو مضمون سلبى إجرائي- وإذا كان مضمون التنازل عن فكرة الحق الإجرائي- من صاحب هذا الحق، فإنه يجب أن يكون معبراً عن هذا التنازل، صراحة أو ضمناً وإذا تنازل خصم مع قيام الخصومة عن إجراء من إجراءات الخصومة أو ورقة من أوراق المرافعات اعتبر هذا الإجراء، أو الورقة كأن لم تكن م(٢١١) من القانون .

وإذا كان النزول هو إسقاط يرد على الحق الإجرائي، فإنه يجب أن يكون هذا الحق ملك صاحبه بمعنى أن يكون الطلب (الإدعاء) أو الدفع المراد التنازل عنه غير متعلق بالنظام العام^(٤) .

والنزول عن الحق الإجرائي يتمثل واضحاً في نص المادة (٢١٣) والتي تنص على أنه (التنازل عن الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي نهائياً والتنازل عن الحكم يعتبر تنازلاً عن الحق الثابت به)، وتطوياً لذلك إذا وجد اتفاق بين الخصوم ولو قبل الدعوى على اعتبار أن يكون الحكم الصادر من

التنازل

(١) كان ينبغي على المشرع تنظيم التنازل عن الحقوق الإجرائية وليس المتنازل عن الخصومة.

(٢) جميل الشرفاوي- الرسالة ص ٤٥- وما بعدها رقم (١٥).

(٣) المكان السابق- ص ١٣٩- رقم (٤٩).

(٤) استاذنا الدكتور / نبيل عمر -الدفع بعدم القبول- ص ٢٢٨، رقم (١٤٥)، مرجع سابق .

محكمة أول درجة انتيائياً، فإن مثل هذا التنازل يعتبر تصرفاً إجرائياً ملزماً للمدعي، هذا لأن
يسقط الحق الإجرائي في الطعن^(١).

وعلى ذلك يكون التنازل عن الحق الإجرائي بالإرادة المنفردة لصاحبه، سواء كان التعبير عنها
صريحاً أو ضمنياً، وقد أجاز البعض التنازل عن الحق الإجرائي مقدماً^(٢)، تطبيقاً لمبدأ سيادة المدعى،
ويقصد بهذا المبدأ أن النزاع الخاص ملك الخصوم، لهم أن يطرحوه على القضاء، ولهم إلا يطرحوه،
وإذا رفع النزاع يستطيع الخصوم تركه، أو التنازل عنه أو بماله وموقف العاصي من ذلك يجب أن
يكون حيادي ولا شأن له في النزاع كقاعدة عامة.

كما أن للخصم حرية في استعماله لجميع الحقوق الإجرائية، أو عدم استعمالها، وبناء على ذلك
يجوز للخصم التنازل عن التمسك بالدفع طالما لم يتعلق هذا الدفع بالنظام العام^(٣). كما يستطيع
المدعي التنازل عن الخصومة فيما يتعلق بحقه فيها، فإذا تعلقت الدعوى بحق الغير أو بحق الله تعالى
أو المصلحة العامة (تعلقها بالنظام العام)، فإن التنازل لا ينصرف إلى هذا التقى^(٤).

ولا يلزم موافقة الطرف الآخر على هذا التنازل إذا لم يكن من شأنه الإضرار به^(٥).

والتنازل عن حق الدعوى لا يعنى بالضرورة النزول عن الحق الموضوعي المدعى به، مع
ملاحظة أن النزول عن الحكم يتبع بالضرورة النزول عن الحق المدعى به م(٢١٣) من قانون
المرافعات.

نخلص من ذلك إلى أن الحق الإجرائي ملك صاحبه، وبالتالي يجوز التنازل عنه إذا لم يتعلق
بالنظام العام.

* * *

(١) المكان السابق - ص ٢٢٨ رقم (١٤٤) ويرى أن التنازل عقد إجرائي ويذهب البعض إلى أن التنازل يتم بإرادة
منفردة، راجع د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٣٥٨ مرجع سابق. راجع في جوار التنازل عن حق الطعن مقدماً،
المكان السابق.

(٢) المكان السابق - ص ٢٤٤ مرجع سابق.

(٣) د/ وجدي راغب - مبادئ - ص ٢٤٤ - مرجع سابق.

(٤) المكان السابق - ص ٢٤٣، أستاذنا الدكتور/ نبيل عمر - الدفع - بعدم القبول - ص ٢٣٠ - رقم (١٥٥) - مرجع
سابق.

(٥) أستاذنا الدكتور/ أمينة النمر - الدعوى - ص ٤٦٧، رقم (١٧٧) مرجع سابق.

الخاتمة

نورد بعض الملاحظات الختامية على النحو التالي:

١- إن قانون المرافعات اليمني الجديد رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م قد بنى فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي، وجعل من (الانحراف من الاستعمال) هو معياراً للتعسف .

٢- يتفق قانون المرافعات اليمني الجديد مع بعض الفقه الإسلامي، والفقه الإجرائي الحديث على تعريف الدعوى، ومع إجماع الفقه الإسلامي والإجرائي على محل الحق الإجرائي (الادعاء والدفع) .

٣- الحق الإجرائي حق شخصي شأنه في ذلك جميع الحقوق، وينشأ ويتولد من استعمال حق الدعوى القضائية، وهو ما يخول صاحبه القيام بأعمال إجرائية لتحقيق مصلحة ذاتية، وهذا الحق يكون للمدعي والمدعى عليه معاً، ومحلّه في الإدعاء بالمعنى الواسع، أو الإدعاء والدفع .

٤- نطاق الحق الإجرائي ومضمونه ويتمثل بصفة أساسية في الحقوق المتولدة عن استعمال الدعوى القضائية وهي السلطات أو المكّنات أو القدرات التي يعطيها الحق وتخولها لصاحبه، وهذه السلطات تتمثل بصفة أساسية في الطلبات القضائية بأنواعه المختلفة، وسلطة الدفع، أو وسائل الدفاع- وسلطة الإثبات القضائي والحق في الطعن، والحق في طلب التنفيذ الجبري- والحق في الطلب الوقي أو الطلب الولائي .

٥- شروط قبول هذا الحق في القانون اليمني تتمثل بالمصلحة والصفة، وعدم وجود مانع قانوني يمنع من الالتجاء إلى القضاء أو ممارسة هذا الحق .

٦- معيار التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية هو بحرّيم الإسراف، وبالتالي تحرّيم الظلم والظنّان.

٧- معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي في القانون هو (الانحراف عن استعماله) ولا يشترط الضرر للحكم بالجزاء المترتبة عليه، فالقانون الإجرائي قد وضع شرطاً سلبياً عاماً مفاده (عدم التعسف في استعمال الحق) ويترتب على عدم توافر هذه الشروط الجزاء الوقائي (عدم القبول) أوالجزاء التعويضي أو الجمع بينهما.

٨- يكون جزاء التعسف جزاءً إجرائياً وقائياً أو مالياً (التعويضي) أو الجمع بينهما وهذا ما يميز فكرة (التعسف) والتي تجاوز فكرة المسؤولية في اقتصرها على رفع الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن

طريق آخران صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالاً تصدياً^(١) ويمثل حراء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي فيما يلي:-

أ - جزء وقائي : يتمثل في الدفع (بعدم القبول) الذي يعتبر جزءاً إجرائياً شأنه شأن الجزاءات الإجرائية الأخرى بل أهمها، والدفع (بعدم القبول) هو وسيلة دفاع يتوخى بها المتقاضى معاضاته بحق إجرائي تعسف صاحبه باستعماله، فالمحكمة قيل أن تتطرق في وجود الحق المدعى به أو عدم وجوده، يجب عليها أن تتأكد من توافر شروط معينه يودي تخلفها إلى افتراض تعسف الخصم في استعمال حقه، وبالتالي إلى الحكم (بعدم القبول) وعدم الحوض في النظر فيما إذا كان صاحب الحق الإجرائي مخقاً في دعواه أم لا، أي أن الدفع (بعدم القبول) يوجه إلى شروط الحق الإجرائي المطلب (بأنواعه) والدفع (بأنواعه)، وإذا تفرقت مقتضياته (الدفع بعدم القبول) يستتع على القاضي النظر فيما قدم إليه .

ب - جزء مالي (تعويضي) : ويتمثل في طلبه من الخصم على خصمه عن كل حق إجرائي تعسف صاحبه في استعماله وقد نص المشرع على جزاء تعويضي في حالة التعسف في استخدام الحق الإجرائي م(١٧٠) والتي تنص على مبدأ الجزاء التعويضي وعلى ذلك يجوز للمحكمة أن تحكم للخصم بناءً على طلبه بغرامه على خصمه عن كل طلب أو دفع يقصد به (التعسف)، كما يجوز لها دون طلب أن تحكم على ذات الخصم لذات الأسباب بغرامه مناسبة للخرانة العامة وبالتالي لا يتطلب القانون ثبوت ضرر، وإنما إثبات الكيد (التعسف)، وهو الانحراف في استعمال الحق الإجرائي.

٩ - فكرة الحق الإجرائي ترد على محل الطلب والدفع، والطلبات يستهدف بها المتقاضى تحقيق مصلحته التي تتمثل (تقرير)، وإلى وسائل دفاع - الدفع - والتي تتمثل في (عدم تقرير) من القاضي، أي أن الطلب وسيلة إيجابية والدفع وسيلة سلبية.

لذلك يجوز النزول عن الحق الإجرائي وإذا كان النزول هو إسقاط يرد عن الحق، لذلك يجب أن يكون هذا الحق ملك صاحبه بمعنى أن يكون الطلب أو الدفع المراد التنازل عنه غير متعلق بالنظام العام، ولا يلزم موافقة الطرف الآخر على هذا التنازل إذا لم يكن من شأنه الأضرار به .

تم بحمد الله ،،،

(١) راجع د/ حسن كيرة - أصول - ص ١١٠٢ رقم (٤٠٤).

قائمة بأهم المراجع :

- د/ إبراهيم نجيب سعد - القضاء الخاص- ج ١ ، ج ٢ - منشأة المعارف - الإسكندرية لم يذكر تاريخ النشر .
- ابن منظور - لسان العرب . لم يذكر تاريخ ومكان النشر.
- د/ أحمد أبو الوفا- المرافعات - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٥م.
- نظرية الدفوع - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٨٩م.
- نظرية الأحكام - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٨٩م.
- إجراءات التنفيذ - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٨٥م.
- المذكرة التفسيرية لمشروع القانون اليمني- مطبوعات مجلس النواب- صنعاء ٢٠٠٠م.
- د/ أمينة النمر -الدعوى وإجراءاتها - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٩٠.
- قوانين المرافعات، ج ١، ج ٢- منشأة المعارف- الإسكندرية- لم يذكر تاريخ النشر.
- الوجيز في قانون المرافعات- منشأة المعارف- الإسكندرية- لم يذكر تاريخ النشر.
- د/ أحمد حشيش - الدفع بعدم القبول - رسالة حقوق الإسكندرية - ١٩٨٦م.
- تطور قانون المرافعات - الإسكندرية - ١٩٨٩م.
- د/ أحمد خليل - المرافعات - الإسكندرية - ١٩٩٥م.
- د/ أحمد مسلم - أصول قانون المرافعات - ١٩٨٦ .
- د/ أحمد هندي - قانون المرافعات - ج ١، ج ٢ - الإسكندرية - ١٩٩٤ .
- أثار أحكام النقض وقوتها، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
- د/ أحمد السيد الصاوي - الوسيط - القاهرة - ١٩٩٠م.
- د/ جميل الشرفاوي - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٠م.
- د/ حسن كيرة - أصول القانون - مصر - ١٩٥٧م .
- د/ حسن علي مجلي - المبادئ القانونية في المسائل المدنية- صنعاء ٢٠٠٣م.
- د/ رمزي سيف - الوسيط - الطبعة السابعة - القاهرة - ١٩٦٧م .
- د/ رمسيس بهنام - الإجراءات الجنائية تأصيلاً - الإسكندرية - منشأة المعارف - ١٩٨٦م .

- د/ سعيد الشرعبي - حقوق الدفاع أمام القضاء المدني - رسالة حقوق عين شمس - ١٩٩٧م.
- د. سمير تنّاغ - النظرية العامة للقانون - الإسكندرية . لم يذكر تاريخ النشر.
- د/ طلعت ديدار - سقوط الخصومة - رسالة حقوق - الإسكندرية - ١٩٩٢م.
- د/ عبد الباسط جميعي - طرق تنفيذ الأحكام - القاهرة - ١٩٧٣م .
- د/ عبد الرزاق المنهوري - الوسيط - ج١- بيروت - ١٩٨٥م .
- د/ عبد المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - رسالة .
- د/ عبد المنعم الشرفاوي وعبد الباسط جميعي - شرح قانون المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٥م .
- د/ عبد الفتاح الصيفي - حق الدولة في العقاب - القاهرة - ط٢ - ١٩٨٥م.
- د/ عزمي عبد الفتاح عطية - قواعد التنفيذ الجبري - القاهرة - ١٩٩٠م .
- نحو فكرة عامة للدعوى القضائية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠م.
- واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة - القاهرة - ١٩٩٠م .
- قواعد التنفيذ الجبري ، القاهرة ، ١٩٩٠م.
- د/ علي الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية . لم يذكر تاريخ ومكان النشر.
- علي الشريف الجرجاني - التعريفات - لبنان - ١٩٧٨م .
- د/ فتحي والي - الوسيط - دار النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٩٣ .
- البطلان - رسالة مطبوعة . القاهرة ، ١٩٥٨م.
- د/ فتحي الدريبي - نظرية التعسف في استعمال الحق - دمشق - ١٩٧٧م.
- د/ فؤاد عبد المنعم - حكم الإسلام في القضاء الشعبي - مصر - ١٩٧٣م.
- د/ محمد إبراهيم زيد - قانون الإجراءات الجنائية اليمني - صنعاء - ١٩٨٦م.
- د/ محمد البكر - السلطة القضائية الإسلامية - القاهرة - ١٩٨٨م .
- د/ محمد أحمد مرغم - إجراءات التنفيذ الجبري - دار الحكمة - صنعاء - لم يذكر تاريخ النشر.
- محمد الأمين - مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة - بيروت - لم يذكر تاريخ النشر
- د/ مجيد جامد فهمي - تنفيذ الأحكام والسندات - لم يذكر تاريخ ومكان النشر .

د/ محمد عبد الخالق بمر - الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة - بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة - ١٩٧٠ م .

د/ محمد شتا - قانون الإجراء المدني الإسلامي السوداني - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٨٥ م .

محمد وعبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات - لم يذكر مكان وتاريخ النشر .

محمد متولي الشعراوي - الحلال والحرام - القاهرة - لم يذكر تاريخ النشر .

د/ محمود هاشم - القواعد العامة للتنفيذ القضائي - القاهرة - ١٩٨٠ م .

د/ محمد محمود إبراهيم - التكييف القانوني للدعوى - القاهرة لم يذكر تاريخ النشر .

معجم ألفاظ القرآن الكريم - مجمع اللغة العربية - القاهرة . لم يذكر تاريخ النشر .

د/ نبيل إسماعيل عمر - سبب الطلب القضائي - رسالة مطبوعة - ١٩٧٩ .

- الطعن بالاستئناف - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٠ .

- الدفع بعدم القبول - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٠ م .

- سقوط الحق في اتخاذ الإجراء - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٣ م .

- سلطة القاضي التقديرية - لم يذكر تاريخ ومكان النشر .

د/ نجيب أحمد عبد الله - قانون التنفيذ الجبري - دراسة مقارنة للقانون اليمني ومشروع تعديله - مطبوعات الشرعي - صنعاء ٢٠٠٢ م .

د/ وجدي راغب فهمي - النظرية العامة للعمل القضائي - رسالة مطبوعة، حقوق عين شمس .

- مبادئ الخصومة المدنية - القاهرة - ١٩٧٨ م .

- النظرية العامة للتنفيذ القضائي - القاهرة - ١٩٧٨ م .

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة وأهمية البحث وتقسيمه:	١٠٥
أهمية البحث وتقسيمه:	١٠٥
المبحث الأول	١٠٩
تعريف الحق في النظرية العامة والدعوى القضائية والحق الإجرائي	١٠٩
المطلب الأول	١٠٩
تعريف الحق في النظرية العامة	١٠٩
أ - تعريف الحق في الفقه الإسلامي :	١٠٩
ب - تعريف الحق لدى الفقه القانوني:	١٠٩
المطلب الثاني	١١١
تعريف الدعوى القضائية والحق الإجرائي	١١١
أولاً: تعريف الدعوى القضائية:	١١١
ثانياً: تعريف الحق الإجرائي:	١١٥
المبحث الثاني	١١٧
أركان الحق الإجرائي	١١٧
المطلب الأول	١١٧
محل الحق الإجرائي	١١٧
أولاً: الإدعاء:	١١٧
ثانياً: الدفاع :	١١٩
المطلب الثاني	١٢٢
أصحاب الحق الإجرائي	١٢٢
المبحث الثالث	١٢٤

١٢٤	نطاق الحق الإجرائي
١٢٦	المبحث الرابع
١٢٦	شروط الحق الإجرائي
١٢٧	المطلب الأول
١٢٧	المصلحة
١٣٠	المطلب الثاني
١٣٠	الصفة
١٣١	المطلب الثالث
١٣١	عدم وجود مانع قانوني
١٣٤	المبحث الخامس
١٣٤	معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي
١٣٤	تمهيد تنظيم التعسف في استعمال الحق الإجرائي
١٣٥	المطلب الثاني
١٣٥	معيار التعسف في استعمال الحق في النظرية العامة
١٣٥	أولاً معيار التعسف في الفقه الإسلامي:
١٣٦	أ - معيار التعسف في الفقه القانوني:
١٣٦	معيار التعسف في النظرية العامة (المسئولية التقصيرية):
١٣٦	ب - معيار التعسف (بالانحراف عن الغاية):
١٣٧	المطلب الثاني
١٣٧	معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي ⁰
١٤٣	المبحث السادس
١٤٣	جزاء (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي
	تمهيد:

١٤٣	المطلب الأول
١٤٣	الجزاء الوقائي لفكرة (التعسف) في استعمال الحق الإجرائي
١٤٥	لا يشترط حصول ضرر للحكم بالجزاء الوقائي (عدم القبول) :
١٤٦	سبب الحكم بعدم القبول:
١٤٦	كيفية إيداع الدفع بعدم القبول:
١٤٨	المطلب الثاني
١٤٨	الجزاء المالي (التعويضي) للتعسف في استعمال الحق الإجرائي
١٥٢	لا يشترط وجود ضرر للحكم بالتعويضات كجزاء للتعسف:
١٥٣	المبحث السابع
١٥٣	التنازل عن الحق الإجرائي
١٥٦	الخاتمة
١٦٣	الفهرس

بسم الله الرحمن الرحيم

العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي
والناتج الحقيقي فى مصر
دراسة تحليلية قياسية

مقدم من:

د/ محمدي فوزي أبو السعود

أستاذ الاقتصاد المساعد

بقسم الاقتصاد

كلية التجارة - جامعة الإسكندرية

د/ سعيد عبد العزيز علي

أستاذ الاقتصاد العام المساعد

بقسم المالية العامة

كلية التجارة - جامعة الإسكندرية

العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقي فى مصر

دراسة تحليلية قياسية

مقدمة :

شهدت فترة السبعينات وما تلاها من القرن الماضى ظهور بعض الأزمات الاقتصادية العالمية التى أثرت سلبياً على معظم اقتصاديات الدول النامية ، وكان من أهم تلك الأزمات ما سعى بصدمتى البترول الأولى والثانية وما ترتب عليهما من تفاقم مشكلة المديونية الخارجية للدول النامية ، وإزاء ذلك الوضع قامت معظم تلك الدول بالاتفاق مع كل من البنك الدولى والصرف الأجنبى ، حيث كان الاعتقاد السائد هو أن سياسات سعر الصرف الخاطئة التى تبنتها الدول النامية كانت مسؤولة إلى حد كبير عن حالة التدهور الاقتصادى التى عانت منها تلك الدول فى حقبة الثمانينات . ويتفق معظم الاقتصاديين على أن المحافظة على سعر صرف خاطئ أو سعر صرف يختلف عن سعر الصرف التوازنى طويل الأجل سوف يزيد من عدم الاستقرار الاقتصادى (Willat, 1986, pp. 101-112).

ولاشك أن هناك صعوبة كبيرة فى معرفة ما إذا كان سعر الصرف القائم منحرفاً Misalignment عن سعر الصرف التوازنى طويل الأجل أم لا ، فبينما يرى البعض أنه يمكن العودة إلى سعر الصرف التوازنى بصورة تلقائية أو عن طريق استخدام برامج انكماشية للحد من التضخم Disinflation Programs ، فإن البعض الآخر يرى أن سياسة تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية Devaluation هى السياسة الأكثر فاعلية فى إعادة التوازن إلى سعر الصرف . وقد قامت معظم الدول النامية خلال مراحل تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادى بإجراء تخفيضات متتالية فى القيمة الخارجية لعملتها الوطنية بهدف علاج المعز فى موازين مدفوعاتها وإحداث زيادة فى معدلات نمو الناتج الحقيقى بها . وحيث من المتوقع نظرياً أن يؤدى التخفيض إلى إحداث آثاراً توسعية Expansionary Effects على الناتج الحقيقى إلا أن معظم الدراسات التطبيقية التى تناولت بالتحليل عملية التخفيض خلال برامج الإصلاح الاقتصادى بالدول النامية قد أوضحت أن التخفيض قد واكبه آثاراً انكماشية (Lizondo & Monteil, 1989, pp. 182-227).

ونرى الواقع لا يمكن لنا بناءً على نتائج مثل هذه الدراسات أن نقرر بدرجة كبيرة من الثقة أن السبب الرئيسى لانخفاض الناتج الحقيقى كان راجعاً فقط إلى عملية التخفيض ، حيث قد تتفاعل عوامل خارجية أخرى External Shocks مع التخفيض فى إحداث مثل تلك الآثار الاتكماشية على الناتج الحقيقى .

وقد قامت مصر كمعظم الدول النامية بإتباع سياسة الإصلاح الاقتصادى منذ بداية التسعينيات من القرن الماضى ، وقد احتل الإصلاح النقدى دوراً بارزاً فى هذا المجال حيث تم تخفيض القيمة الخارجية للجنه المصرى أكثر من مرة رغبة فى معالجة الخلل السائد فى ميزان المدفوعات المصرى من ناحية وتلبية لمتطلبات المؤسسات المالية الدولية من ناحية أخرى . ومن هنا يأتى التساؤل الأساسى لهذه الدراسة وهو :

" هل ترتب على التخفيض الاسمى للجنه المصرى Nominal Devaluation تخفيضاً حقيقياً Real Devaluation انعكس فى إحداث آثاراً توسعية على الناتج المحلى الحقيقى فى مصر أم لا ؟ "

ويسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية :

١ - تحديد طبيعة العلاقة بين سعر الصرف الاسمى فى مصر وسعر الصرف الحقيقى .

٢ - تحديد طبيعة العلاقة السببية التى تربط بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر .

٣ - تحديد الوزن النسبى للتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى فى تفسيرها للتغيرات المستقبلية فى الناتج المحلى الحقيقى .

وسعى لتحقيق هذه الأهداف فسوف نقوم فى مبحث تمهيدى بتحديد مفاهيم وأساسيات التحليل المرتبطة بالدراسة حيث يستعرض هذا المبحث كل من :

١ - مفهوم سعر الصرف الحقيقى وكيفية قياسه .

٢ - مفهوم العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى .

٣ - الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية .

اما المبحث الثانى فسوف يتناول دراسة قياسية للعلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والنتائج الحقيقى فى مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٩ ، ويندرج تحت هذا المبحث النقاط التالية :

- ١ - تطور سياسات سعر الصرف فى مصر .
- ٢ - اختبار العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والنتائج الحقيقى فى مصر (١٩٧٨ - ١٩٩٩) .
- ٣ - اشتقاق نموذج الانحدار الذاتى ذات المتجه Vector Autoregression .
- ٤ - اختبار تجزئة التباين Variance Decomposition .

المبحث الأول

مفاهيم وأساسيات العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي

والناتج الحقيقي

سوف نتناول في هذا المبحث كل من مفهوم سعر الصرف الحقيقي وكيفية قياسه ، طبيعة العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقي والناتج المحلي الحقيقي ، وأخيراً أهم الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية .

أولاً - مفهوم سعر الصرف الحقيقي وكيفية قياسه :

في البداية لابد من التفرقة بين مفهوم كل من سعر الصرف الاسمي Nominal Exchange Rate وسعر الصرف الحقيقي Real Exchange Rate ، فبينما يُنظر إلى سعر الصرف الاسمي على أنه مفهوم نقدي يقيس الأسعار النسبية لعمليتين نقديتين ، فإن سعر الصرف الحقيقي يعتبر مفهوماً حقيقياً يقيس الأسعار النسبية لسلعتين .

ويعرف سعر الصرف الحقيقي على أنه مقياس لأسعار السلع الداخلة في التجارة Tradable Goods بالنسبة لأسعار السلع غير الداخلة في التجارة Non Tradable Goods .

$$\text{سعر الصرف الحقيقي} = \frac{\text{أسعار السلع الداخلة في التجارة}}{\text{أسعار السلع غير الداخلة في التجارة}}$$
$$\text{NER} = \frac{P_T}{P_N}$$

حيث P_T : مؤشر للأسعار المحلية للسلع الداخلة في التجارة ،

P_N : مؤشر للأسعار المحلية للسلع غير الداخلة في التجارة .

وعلى الرغم من أن التعريف السابق يعد مفيداً من الناحية التحليلية إلا أنه من الصعب قياسه من الناحية العملية ، وبالتالي فقد قدم البعض (Edwards, S., ١٩٨٨, p. ٤) تعريفاً آخر لسعر الصرف الحقيقي كما يلي :

سعر الصرف الحقيقي = $\frac{\text{سعر الصرف الاسمي} \times \text{الأسعار الأجنبية للسلع الداخلة في التجارة}}{\text{الأسعار المحلية للسلع غير الداخلة في التجارة}}$

$$RER = \frac{E P_T^*}{P_N}$$

حيث E : سعر الصرف الاسمي أو عدد الوحدات من العملة الوطنية مقابل وحدة واحدة من العملة الوطنية ،

P_T : مؤشر للأسعار الأجنبية للسلع الداخلة في التجارة ،

P_N : مؤشر للأسعار المحلية للسلع غير الداخلة في التجارة .

ويطلق على التعريف السابق أيضاً تعبير تكافؤ القوى الشرائية Purchasing Power

. Parity

وقد قامت العديد من الدراسات باستخدام الرقم القياسي لمستوى الأسعار في أمريكا كمعير عن الأسعار الأجنبية للسلع الداخلة في التجارة ، والرقم القياسي لمستوى الأسعار المحلية كمعير عن الأسعار المحلية للسلع غير الداخلة في التجارة (Edwards, ١٩٩٠, (Balassa, (Cottani'etall, ١٩٩٠) ، (١٩٨٨) .

وبناءً على ما سبق يمكن لنا تحديد الصيغة التالية للتعبير عن سعر الصرف الحقيقي في

مصر :

سعر الصرف الحقيقي = $\frac{\text{سعر الصرف الاسمي في مصر} \times \text{الرقم القياسي لأسعار المستهلكين في أمريكا}}{\text{الرقم القياسي لأسعار المستهلكين في مصر}}$

الرقم القياسي لأسعار المستهلكين في مصر

$$RER_g = \frac{E_g \times C P I_A}{C P I_g}$$

حيث E_g : سعر الصرف الحقيقي في مصر والمعبر عنه بعدد الجنيهات المصرية مقابل دولار واحد ،

$C P I_A$: الرقم القياسي لأسعار المستهلكين في أمريكا ،

$C P I_g$: الرقم القياسي لأسعار المستهلكين في مصر .

وتعتبر الصيغة السابقة من أكثر الصيغ قبولاً وشيوعاً بين معظم الباحثين وذلك على الرغم من وجود بعض الاختلافات حول تحديد مفهوم المتغيرات المكونة لسعر الصرف الحقيقي ، فعلى سبيل المثال يوجد اختلاف حول الرقم القياسي للأسعار ، بمعنى هل يتم استخدام الرقم القياسي لأسعار المستهلكين أو الرقم القياسي لأسعار الجملة أو مؤشر الناتج المحلي الإجمالي GDP Deflator ؟ وأيضاً الاختلاف حول تعريف سعر الصرف الاسمي ، بمعنى هل يتم تعريف سعر الصرف الاسمي بأنه عدد الوحدات من العملة الوطنية مقابل دولار واحد أو مقابل جنيه إسترليني أو مقابل سلة من العملات الأجنبية ؟

ويعتبر مفهوم سعر الصرف الحقيقي مؤشراً جيداً للقدرة التنافسية Competitiveness التي تتمتع بها الدولة في الأسواق العالمية ، حيث يقيس سعر الصرف الحقيقي تكلفة الإنتاج المحلي للسلع الداخلة في التجارة ، حيث نجد أن حدوث أى ارتفاع في القيمة الخارجية للعملة الوطنية (انخفاض سعر الصرف الحقيقي) سينعكس في ارتفاع التكلفة المحلية لإنتاج السلع القابلة للتجارة ، ومع افتراض عدم تغيير الأسعار العالمية سوف يؤدي ذلك إلى تدهور الميزة التنافسية للدولة على المستوى العالمي ، ففي هذه الحالة تقوم الدولة بإنتاج سلع قابلة للتجارة بتكلفة مرتفعة نسبياً عن ذي قبل مقارنة بباقي دول العالم . ومن ناحية أخرى نجد أن تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقي) سوف ينعكس في زيادة القدرة التنافسية للدولة على المستوى العالمي . ولاشك أن تدهور القدرة التنافسية أو ارتفاع القدرة التنافسية للدولة على المستوى العالمي لا يعتمد فقط على التغيرات في سعر الصرف الحقيقي وإنما يعتمد أيضاً على العديد من العوامل والمتغيرات الداخلية والخارجية منها على سبيل المثال معدلات التضخم المحلي ، السياسات المالية ، سياسات تشجيع الصادرات ، معدل نمو الإنتاجية ، درجة التقدم التكنولوجي وغيرها من العوامل الأخرى .

وتجدر الإشارة إلى أهمية التفرقة بين تغيرات سعر الصرف في كل من نظم أسعار الصرف الثابتة Fixed-Exchange Rate ونظم أسعار الصرف الموحدة Floating-Exchange Rate ، ففي ظل نظم أسعار الصرف الثابتة عادة ما تقوم الحكومات من حين لآخر بتغيير قيمة عملتها الوطنية تجاه عملات الدول الأخرى ، فقد تقوم الحكومة بإجراء تخفيض مقصود للقيمة الخارجية لعملتها الوطنية Devaluation (ارتفاع سعر الصرف

الحقيقى) ، أو قد تقوم الحكومة بإجراء زيادة مقصودة فى القيمة الخارجية لعملة الوطنىة Revaluation (انخفاض سعر الصرف الحقيقى) . أما بالنسبة لنظم أسعار الصرف المعموة فإن التغيرات فى القيمة الخارجية للعملة الوطنىة لا تكون بصورة مقصودة وإنما يمكن النظر إليها على أنها إما عبارة عن تدهور فى القيمة الخارجية للعملة الوطنىة Depreciation (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) أو عن تحسن فى القيمة الخارجية للعملة الوطنىة Appreciation (انخفاض سعر الصرف الحقيقى) .

ومن الملاحظ أن التخفيض الاسمى للقيمة الخارجية للعملة الوطنىة Nominal Devaluation عادة ما يؤدى إلى تخفيض حقيقى Real Devaluation ، ولكن قد لا يحدث بالضرورة أن يؤدى التخفيض الاسمى بنسبة معينة إلى تخفيض حقيقى بنفس النسبة . ففى دراسة قام بها Edwards (١٩٨٥) عن تأثير التخفيض الاسمى على سعر الصرف الحقيقى مع ثبات العوامل الأخرى (الرقم القياسى للأسعار الأجنبية والرقم القياسى للأسعار المحلية) ، اتضح أن التخفيض الاسمى بنسبة ١٠ % قد أدى إلى تخفيض حقيقى بنسبة ٧ % فقط مع مرور سنة واحدة فقط على اتخاذ قرار التخفيض الاسمى ، وإلى تخفيض حقيقى بنسبة ٥ % بعد مرور ثلاث سنوات . وقد أوضحت نتائج الدراسة أيضاً أن التخفيض الاسمى بنسبة ١٠ % مع زيادة معدل نمو الائتمان المحلى بنفس النسبة قد أدى إلى تخفيض حقيقى بنسبة ٢ % بعد مرور سنة واحدة ، وأنه بعد مرور سنتين على التخفيض الاسمى لم يحدث تخفيض حقيقى بل ترتب على التخفيض الاسمى ارتفاع حقيقى Real Appreciation . وهذا يعنى أن طبيعة العلاقة بين سعر الصرف الاسمى وسعر الصرف الحقيقى لا يتوقف فقط على المتغيرات المحددة لسعر الصرف الحقيقى وإنما أيضاً على عوامل خارجية ، ووجود هذه العوامل يؤثر جوهرياً على طبيعة وحدود العلاقة بين سعر الصرف الاسمى وسعر الصرف الحقيقى حيث قد تكون العلاقة غير مؤكدة الاتجاه بمعنى أن العلاقة قد تكون موجبة أو سالبة . ونخلص من ذلك إلى أن التخفيض الاسمى قد يقود إلى تخفيض حقيقى أو ارتفاع حقيقى ، كما تتوقف تلك العلاقة أيضاً على مدى طول الفترة الزمنية التى تمر على التخفيض الاسمى .

ثانياً - مفهوم العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقي :

تناولت العديد من الدراسات علاقة السببية بين سعر الصرف ، الحقيقي والناتج الحقيقي ، بمعنى هل علاقة السببية هي من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي أم العكس هو الصحيح ؟ فعلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي تعنى أن التخفيض الحقيقي للقيمة الخارجية للعملة الوطنية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقي) يؤدي إلى زيادة الناتج الحقيقي من خلال التحفيز على زيادة إنتاج السلع الداخلة في التجارة .

أما إذا كانت علاقة السببية هي من الناتج الحقيقي إلى سعر الصرف الحقيقي ، فمعنى ذلك أن زيادة الدخل تؤدي من ناحية إلى زيادة الطلب على السلع غير الداخلة في التجارة فترتفع أسعارها مقارنة بأسعار السلع الداخلة في التجارة ، وبالتالي تخفض قدرة السلع الوطنية على منافسة الواردات في الأسواق المحلية كما تصبح السلع القابلة للتصدير أرخص نسبياً في الأسواق المحلية وبالتالي يزيد الطلب المحلي عليها ويقل المتاح منها للتصدير ، ويجم عن ذلك آثار سلبية على سعر الصرف الحقيقي للعملة الوطنية حيث يتجه هذا السعر للانخفاض Appreciation ومن ناحية أخرى تؤدي زيادة الدخل إلى زيادة الطلب على السلع الداخلة في التجارة حيث يزيد الطلب المحلي على كل من السلع المتاحة للتصدير والسلع المستوردة وسوف انعكس أثر الدخل هذا في حدوث عجز في الميزان التجاري ، ولتصحيح هذا العجز تقوم الدولة بتخفيض القيمة الخارجية لعملة الوطنية Devaluation (ارتفاع سعر الصرف الحقيقي) بغرض زيادة الصادرات وإعادة التوازن مرة أخرى للميزان التجاري .

إن دور زيادة الطلب الكلي يعتبر إلى حد ما دوراً مقبولاً في تفسير علاقة السببية من الناتج الحقيقي إلى سعر الصرف الحقيقي . وقد دعم هذا التفسير دراسة قام بها (١٩٩٦) Kamin عن الاقتصاد المكسيكي حيث اتضح من هذه الدراسة أن التغيرات في الطلب الكلي قد أثرت على مستوى الأسعار المحلية ، ومن ثم على سعر الصرف الحقيقي ، ولكن لم يظهر هذا التأثير إلا بعد مرور فترة زمنية طويلة . وفي دراسة أخرى قام بها كل من Kiguel & Liviatan (١٩٩٢) عن تأثير تطبيق برامج الإصلاح الاقتصادي على سياسات الصرف الأجنبي في الدول النامية ، أوضحت الدراسة أن هناك علاقة قوية يربط بين كل من الناتج الحقيقي وسعر الصرف الحقيقي ، فعملية التوسع في الطلب الكلي التي يصاحبها تنفيذ برامج الحد

من التضخم Disinflation Programs سوف تدفع أسعار السلع غير الداخلة في التجارة إلى الارتقاع ، ومع ثبات أسعار السلع الداخلة في التجارة نتيجة لربط أو تثبيت سعر الصرف الاسمي Pegged Exchange Rate ، فسوف يؤدي ذلك إلى انخفاض سعر الصرف الحقيقي ، ويوجد العديد من التفسيرات لأسباب زيادة الطلب الكلى بعد استقرار سعر الصرف الاسمي من أهمها : فقدان المصدقية في برامج الإصلاح الاقتصادي (Calvo, G., Vegh, C.A., ١٩٩٣) ، التأثير الإيجابي لانخفاض التضخم على أصحاب النخول الدائمة (Roldos, ١٩٩٥) ، والتأثير على الدخول المتوقعة المرتبطة بحدوث تحسن في الموازنة العامة للدولة (Rebelo, ١٩٩٤) .

ثالثاً - الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة :

تعددت النظريات التي حاولت تحليل الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة في علاج العجز في موازين مدفوعات الدول النامية بصفة خاصة وبالتالي المساهمة في زيادة معدلات نمو الناتج الحقيقي بها . ومن أهم تلك النظريات أو المداخل النظرية كل من مدخل المرونة ، المدخل الكينزي ، مدخل الاستيعاب ، والمدخل النقدي .

ووفقاً لمدخل المرونة فإن الغرض من تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية هو تغيير الأسعار النسبية لكل من الصادرات والواردات بما يحفز على زيادة حصيلة الصادرات وتقليل مدفوعات الواردات بالتدريج الذي يحقق التوازن في ميزان المدفوعات ، ولكي يكون التخفيض فعالاً في ظل هذا المدخل يشترط أن يكون المجموع الجبري لمرونة الطلب على كل من الصادرات والواردات أكبر من الوحدة (عبد الرحمن يسرى ، ١٩٩٩ ، ص ٢٥٤) ، ووفقاً لهذا المدخل فإنه عندما يحدث تخفيض اسمي لسعر الصرف فسوف يترتب عليه تخفيض حقيقي مساوٍ له تماماً . ومن هنا نجد أن مدخل المرونة يركز بالدرجة الأولى على ما سوف يحدثه التخفيض من تغيير في أسعار الصادرات بالعملة الأجنبية وأسعار الواردات بالعملة الوطنية حيث تنخفض أسعار الصادرات بالعملة الأجنبية وترتفع أسعار الواردات بالعملة الوطنية مما يزيد الصادرات من ناحية ويقلل الواردات من ناحية أخرى ، ويتم بالتالي علاج العجز في ميزان المدفوعات .

ووفقاً للمدخل الكينزى والذي يسمى بمدخل الدخل ، فيمكن له أن يتكامل مع مدخل المرونة في تفسير مدى فاعلية التخفيض كأحد أدوات السياسات النقدية . فبافتراض أن مرونة الطلب على كل من الصادرات والواردات أكبر من الوحدة ، فإن التخفيض الاسمي سيترتب عليه تخفيض حقيقى مما يؤدي لتحسين العجز فى موازين المدفوعات . أما على جانب الطلب فيوضح المدخل الكينزى أن التخفيض سيترتب عليه آثاراً توسعية على كل من الناتج الحقيقى والعمالة .

وبالنسبة لمدخل الاستيعاب فهو يهتم بتحليل أثر التخفيض على العجز فى موازين المدفوعات من خلال تأثيره على الدخل القومى ، ويفترض هذا المدخل أن التخفيض سوف ينجح فى رفع الأسعار المحلية لكل من الصادرات والواردات التى تدخل كإنتاج وسيط فى الإنتاج المحلى مما يؤدي لارتفاع مستوى الأسعار المحلية بصفة عامة ، وسينعكس ذلك فى خفض الصادرات والتى تنعكس بفعل المضاعف فى تحقيق آثار إيجابية على مستوى الدخل القومى . ويتوقف الأثر النهائى الذى يمارسه التخفيض على ميزان المدفوعات وفقاً لهذا المدخل على مقدار ما يحدثه من تخفيض فى الاستيعاب من ناحية وما يحدثه من زيادة فى الدخل القومى من ناحية أخرى . ويوضح هذا المدخل أيضاً أن للتخفيض آثاراً تحويلية Switching Effects للموارد الاقتصادية والإنفاق المحلى حيث سيؤدي التخفيض إلى رفع أسعار السلع الداخلة فى التجارة بنسبة تفوق الارتفاع فى أسعار السلع المحلية غير الداخلة فى التجارة مما يحفز المنتجين على تحويل الموارد الاقتصادية إلى السلع الداخلة فى التجارة (القابلة للتصدير) وبعبارة أخرى عن المحلية . ومن ناحية أخرى يؤدي التخفيض إلى تحويل الإنفاق الكلى إلى السلع المحلية بعيداً عن السلع الداخلة فى التجارة . ولاشك أن مثل هذه الآثار ستساعد على زيادة الصادرات وتخفيض الواردات مما يحسن من العجز فى موازين المدفوعات .

أما المدخل النقدي فهو يركز على العلاقة بين القطاع الخارجى والجانب النقدي (Frankel, ١٩٧٦) . ويرى هذا المدخل أن الاختلال فى ميزان المدفوعات يعد انعكاساً لاختلال السوق النقدي حيث يمارس التخفيض تأثيره على ميزان المدفوعات من خلال تأثيره على السوق النقدي المحلى . ويفترض هذا المدخل أن التخفيض الاسمي لن يترتب عليه تخفيض حقيقى ومن ثم لن يحدث تأثير على كل من الناتج الحقيقى والعمالة سواء فى الأجل القصير أو الأجل الطويل .

وعند تقييم المداخل السابقة فى رؤيتها لمدى فاعلية سياسة التخفيض فى إحداث آثار إيجابية على كل من ميزان المدفوعات والناتج الحقيقى ، يتضح أن مدخل المرونات يشترط لنجاح سياسة التخفيض أن تكون مرونات كل من الطلب المحلى على الواردات والطلب الأجنبى على الصادرات أكبر من الوحدة أو على الأقل مجموعهما الجبرى يساوى الوحدة بالإضافة إلى استجابة العرض الكلى للتغيرات المحتملة فى الطلب الكلى . وواقع الأمر يؤكد أن الأمر ليس كذلك فى حالة الدول النامية التى تنسم بانخفاض تلك المرونات لما تنسم به منتجاتها من سمات وخصائص محددة ، كما أن صادرات تلك الدول لا تمثل إلا نسبة ضئيلة من إجمالى الصادرات العالمية ، ومن ثم لا نتوقع أن يمارس التخفيض وفقاً لهذا المدخل أثراً إيجابية مرغوبة . أما بالنسبة لمدخل الاستيعاب فيواجه ببعض الصعوبات عند تقدير أثر التخفيض وخاصة فيما يتعلق بتقدير الميل الحدى للاستيعاب بالإضافة إلى كونه أقل استقراراً من مفهوم المرونات وخاصة مع تغير السياسات النقدية والمالية . أما كل من المدخل الكينزى والنقدى فنجد أنهما يقدمان نتائج متعارضة تماماً من حيث مدى نجاح سياسة التخفيض فى إحداث آثار إيجابية على كل من الناتج والعمللة (١) .

بعد هذا الاستعراض السريع لأهم المداخل النظرية التى تناولت مدى فاعلية سياسة التخفيض فى إحداث آثاراً إيجابية على كل من ميزان المدفوعات والناتج ، فقد يثار تساؤل هام وهو :

” هل هناك بدائل لسياسة تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية ؟ ”

فى الواقع يوجد العديد من السياسات البديلة التى يمكن أن ينتج عنها تأثيرات على الأسعار النسبية مشابهة لتلك التأثيرات الناجمة عن عملية التخفيض . ومع ذلك لا يمكن أن نقرر بأن تأثير تلك السياسات البديلة مكافئ تماماً للتأثيرات الناجمة عن عملية التخفيض ، ومن أهم تلك السياسات البديلة كل مما يلى :

(١) لمزيد من التفصيل أنظر :

Sebastian Edwards (1988), "Exchange Rate Misalignment in Developing Countries", Occasional Paper Number 2, The World Bank.

١ - فرض تعريف جمركية على الواردات ومنح إعانة للصادرات ، وهذه السياسة لا تعد ملائمة فى الوقت الحالى نظراً لما تتضمنه من أدوات تتناقض بشدة مع مبادئ ومضمون اتفاقية الجات GATT وخاصة فيما يتعلق بتخفيف القيود الجمركية على الواردات وتخفيض الدعم الممنوح للصادرات .

٢ - استحداث نظام لأسعار الصرف المتعددة ، ولاشك أيضاً أن أهمية تلك السياسة قد أخذت فى التناقص التدريجى نتيجة لإتباع معظم الدول النامية سياسات توحيد سعر الصرف الأجنبى والاتجاه نحو تحريره وفقاً لمتطلبات صندوق النقد الدولى .

٣ - برامج الحد من التضخم ، وهذه السياسة تعتبر مدعمة لسياسة التخفيض فى مدى إحداث آثار إيجابية على الناتج الحقيقى .

أما بالنسبة لأهم الدراسات التطبيقية التى تناولت الآثار الاقتصادية المترتبة على التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للعملة الوطنية ، نجد أن كل من Santaella & Vela (١٩٩٦) فى دراسة لهما عن الاقتصاد المكسيكى قد أوضحا من خلال نتائج دراستهما أن التخفيض الحقيقى قد أدى إلى ارتفاع معدلات نمو الناتج الحقيقى فى المكسيك . وفى دراسة أخرى عن اقتصاد أوروغواى قام كل من Haffmaister & Vegh (١٩٩٦) باختبار نموذج للانحدار الذاتى ذات المتجه Vector Autoregression يتكون من مجموعة متغيرات ترتبط فيما بينها ارتباطاً ثنائياً والتى تتمثل فى كل من : معدل نمو الناتج المحلى الحقيقى ، معدل نمو النفود الحقيقية ، معدل التضخم ، سعر الصرف الحقيقى ، وسعر الفائدة الحقيقى . وقد أوضحت نتائج الدراسة أن التخفيض الحقيقى الدائم Sustained Real Devaluation قد انعكس فى زيادة الناتج المحلى الحقيقى فى الأجل الطويل .

أما Morely (١٩٩٢) فقدم دراسة عن العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى عدد من الدول النامية خلال تطبيقها لسياسات الإصلاح الاقتصادى ، وقد خلصت الدراسة إلى أن التخفيض الحقيقى قد ترتب عليه انخفاض فى معدلات نمو الناتج الحقيقى خلال فترة التندير ، وفى دراسة أخرى قام بها كل من Rogers & (١٩٩٥، pp. ٢٧١-٢٩٣) Wang عن الاقتصاد المكسيكى باستخدام نموذج للانحدار الذاتى ذات المتجه (VAR) ، أوضحت نتائج الدراسة أن معظم التغيرات فى الناتج المحلى الحقيقى للمكسيك كانت راجعة إلى

صدمات Shocks تتعلق بالتغيرات فى الناتج الحقيقى نفسه ، وأن سعر الصرف الحقيقى كان من أهم العوامل التى أثرت سلبياً على الناتج المحلى الحقيقى ، بمعنى أن التخفيض كان له أثراً انكماشية على الاقتصاد المكسيكى . وفى دراسة أخرى عن الاقتصاد المكسيكى أيضاً قام كل من Kamin & Rogers (٢٠٠٠) بدراسة العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى حيث توصلت نتائج الدراسة إلى أن العلاقة بينهما هى علاقة عكسية ، بمعنى أن التخفيض الحقيقى للعملة المكسيكية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) قد أدى لانخفاض معدلات نمو الناتج الحقيقى فى المكسيك خلال فترة التقدير ، كما أوضحنا أيضاً أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى كانت من أهم العوامل المفسرة للتغيرات المستقبلية فى الناتج المحلى الحقيقى فى المكسيك .

المبحث الثانى

اختبار العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر

تسعى الدراسة فى هذا المبحث إلى تحقيق الأهداف التالية :

- اختبار اتجاه العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى للعملة الوطنية والناتج الحقيقى فى مصر خلال الفترة من ١٩٧٨ وحتى ١٩٩٩ .
- استبيان طبيعة العلاقة السببية بين التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى ، أى تحديد ما إذا كانت تلك العلاقة هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى أم العكس هو الصحيح .
- تحديد الوزن النسبى للعوامل المؤثرة فى سعر الصرف الحقيقى خلال فترة الدراسة (١٩٧٨-١٩٩٩).

وسعيًا لتحقيق هذه الأهداف فسوف نقوم فى عجلة سريعة باستعراض الاتجاه العام لسياسات سعر الصرف فى مصر خلال الفترة من ١٩٦٩ وحتى ١٩٩٩ ، ثم يلى ذلك اختبار العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى واستبيان طبيعتها واتجاهها ، وأخيراً سيتم اختبار تجزئة التباين Variance Decomposition لتحديد الوزن النسبى للعوامل المؤثرة فى سعر الصرف الحقيقى .

أولاً:- الاتجاه العام لسياسات سعر الصرف فى مصر خلال الفترة من

١٩٦٩ وحتى ١٩٩٩ :

بدأت مصر فى أوائل عام ١٩٦٩ فى استحداث نظام لأسعار الصرف المتعددة بهدف التأثير على عرض الصرف الأجنبى والطلب عليه ، فقد تم استحداث ما سُمى بنظام العلاوات وأسعار الصرف التشجيعية حيث أعلنت السلطات النقدية منح تيسيرات نقدية تستهدف تجميع

مدخرات المصريين العاملين بالخارج على أساس علاوة نسبتها ٣٥ % على تحويلاتهم بالعملة الأجنبية إلى مصر (Domac & Shahsigh, ١٩٩٩) .

وفى سبتمبر عام ١٩٧٣ تم إنشاء السوق الموازية للصراف الأجنبي التى تم فى نطاقها التعامل طبقاً لأسعار صرف تسمى بالأسعار التشجيعية ، حيث تم حساب السعر التشجيعى على أساس سعر الصرف الاسمى. مضافاً إليه علاوة تسمى بالعلاوة التشجيعية ، وقد حددت هذه العلاوة بواقع ٥٠ % من السعر الاسمى للشراء على أن يزيد السعر التشجيعى للبيع عن السعر التشجيعى للشراء بنسبة ٥ % . وقد تم رفع هذه العلاوة عدة مرات حتى وصلت إلى ٧٩ % من الأسعار الرسمية للشراء ، وقد استمر سعر الصرف فى السوق الموازية فى حالة ثبات نسبى خلال عامى ١٩٧٤ ، ١٩٧٥ .

وفى خلال الفترة من عام ١٩٧٦ وحتى عام ١٩٧٨ تم فك الارتباط بين كل من السوق الرسمى للصراف والسوق الموازية للصراف ، كما تم فى خلال تلك الفترة أيضاً تحويل كل المعاملات الدولية إلى السوق الموازية للصراف الأجنبي حيث انتهى الأمر فى أواخر عام ١٩٧٨ إلى توحيد سعر الصرف بواقع ٧٠ قرش للدولار الواحد ^(١) . وتم توحيد سعر الصرف لمدة عامين ونصف العام تقريباً إلى أن تم العودة مرة أخرى إلى نظام تعدد أسعار الصرف فى نهاية ١٩٨١ بإعلان سعرين للصرف داخل الجهاز المصرفى ، فكان سعر التعامل فى نطاق البنك المركزى هو سعر الصرف الموجد (٧٠ قرش للدولار) ، وسعر آخر للتعامل فى نطاق البنوك التجارية المعتمدة (٨٤ قرش للدولار) .

وفى مارس عام ١٩٨٤ أنشئت سوق ثالثة داخل الجهاز المصرفى حيث تم تحديد سعر الصرف فى نطاقها على أساس مرن ، وقد تدرج هذا السعر من ٨٤ قرش إلى ١١٢ قرش إلى حوالى ١٣٥ قرش ^(٢) . ويستنتج مما سبق أن الفترة التى تلت عام ١٩٨١ قد اتسمت بسرعة تغير سعر الصرف وتعدده ، كما اتسمت أيضاً بسرعة ارتفاع سعر الصرف الأجنبي وانخفاض قيمة الجنيه المصرى تجاه العملات الأجنبية ومن أهمها الدولار . وفى فبراير عام ١٩٩١ قامت

^(١) سوف يتم اتخاذ سنة ١٩٧٨ كبدئية لفترة التقدير حيث كان سعر الدولار الواحد يعادل ٧٠ قرش .

^(٢) للمزيد من التفاصيل أنظر : مجلس الشورى (١٩٨٦) ، " سعر الصرف فى مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٤ وحتى الآن " ، سلسلة تقارير مجلس الشورى ، التقرير رقم ١٤ .

الحكومة المصرية بإتباع سياسة للإصلاح الاقتصادى والتي ترتب عليها السماح بحرية تحديد سعر الصرف ، فقد تم تحديد سعر صرف موحد تم إحلله محل جميع أسعار الصرف السابقة (Mongardini, J., ١٩٩٨) ؛ ومنذ ذلك الحين ارتفع سعر صرف الجنيه المصرى إلى ٣٣٠ قرش للدولار ، حيث استمر فى حالة ثبات نسبى مع بعض الزيادات الطفيفة حتى وصل إلى حوالى ٣٤٠ قرش للدولار فى أواخر عام ١٩٩٩ .

نخلص مما سبق أن تطور سعر الصرف الاسمى فى مصر قد مر بأربعة مراحل متميزة ، الأولى من عام ١٩٦٩ وحتى عام ١٩٧٧ حيث كان سعر الصرف يعادل ٤٠ قرش للدولار ، والثانية من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٨٨ حيث كان سعر الصرف الاسمى يعادل ٧٠ قرش للدولار ، والثالثة وهى فترة قصيرة نسبياً (١٩٨٩-١٩٩٠) حيث ارتفع تدريجياً سعر الصرف حتى وصل إلى حوالى ٢٠٠ قرش للدولار ، أما الفترة الرابعة والأخيرة فقد بدأت منذ عام ١٩٩١ أى منذ تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادى حيث أخذ سعر الصرف فى الارتفاع التدريجى حتى وصل إلى حوالى ٣٤٠ قرش للدولار فى أواخر عام ١٩٩٩ .

واستناداً إلى البيانات المتوافرة عن سعر الصرف الاسمى ^(١) فقد قمنا بحساب سعر الصرف الحقيقى Real Exchange Rate خلال الفترة من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٩ وفقاً للمعادلة الآتية :

سعر الصرف الحقيقى = $\frac{\text{سعر الصرف الاسمى} \times \text{الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى أمريكا}}{\text{الرقم القياسى لأسعار المستهلكين فى مصر}}$
ويوضح العمود الأول من الجدول (١) تطور سعر الصرف الاسمى ، ويوضح العمود الثانى تطور سعر الصرف الحقيقى ، بينما يوضح العمود الأخير تطور الناتج الحقيقى فى مصر خلال فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) .

جدول (١)

تطور سعر الصرف الاسمي والحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر (١٩٧٨ - ١٩٩٩)

السنة	سعر الصرف الاسمى عدد الجنيهات المصرية مقابل دولار واحد	سعر الصرف الحقيقى	الناتج الحقيقى
١٩٧٨	٠,٣٩	١,٥٢٢٥	٨٨٩,٣٦
١٩٧٩	٠,٧٠	٢,٧٥٣٧	١٠٣٠,٩٩
١٩٨٠	٠,٧٠	٢,٥٧٦٢	١٠٥٢,٣٨
١٩٨١	٠,٧٠	٢,٦٢٨٣	١٠٧٨,٦٢
١٩٨٢	٠,٧٠	٢,٥٦١٣	١٢٩٨,٥٦
١٩٨٣	٠,٧٠	٢,٢٧٧٧	١٣١٤,٦٣
١٩٨٤	٠,٧٠	٢,١٦٠٢	١٤٢٧,٤٧
١٩٨٥	٠,٧٠	١,٩٧٦٨	١٤٩٨,٠٤
١٩٨٦	٠,٧٠	١,٧١١٩	١٥٠١,٠٥
١٩٨٧	٠,٧٠	١,٥٦٣٥	١٥٤٢,٦٩
١٩٨٨	٠,٧٠	١,٢٩٠٣	١٤٦٣,١٨
١٩٨٩	١,١٠	١,٦٧٠٥	١٤٣٢,٨٤
١٩٩٠	٢,٠٠	٢,٧٣٨٠	١٥٣٥,١٢
١٩٩١	٣,٣٣٢	٤,٠٣١١	١٥٠٤,٧٤
١٩٩٢	٣,٣٣٨	٣,٧١٣٦	١٦٧٩,٩٥
١٩٩٣	٣,٣٧١	٣,٥٥٥٦	١٧٤٩,٧٢
١٩٩٤	٣,٣٩١	٣,٥٠٦٣	١٨٥٩,٧٢
١٩٩٥	٣,٣٩٠	٣,٣٩٠٠	٢٠٥٠,٠١
١٩٩٦	٣,٣٨٨	٣,٣١٠٨	٢١٦٨,٠٩
١٩٩٧	٣,٣٨٨	٣,١٦٢٧	٢٢٧١,٧٢
١٩٩٨	٣,٣٨٨	٣,١٦٨٨	٢٤٤٩,٤٨
١٩٩٩	٣,٤٠٥	٣,٢٢٥٠	٢٦١٩,٥٨

يتضح من الجدول السابق أن ارتفاع سعر الصرف الاسمى (التخفيض الاسمى) لا يؤدي بالضرورة إلى ارتفاع سعر الصرف الحقيقي (التخفيض الحقيقي) ، بمعنى أن التخفيض الاسمى لا يؤدي بالضرورة إلى تخفيض حقيقي . فإذا قمنا بتقسيم فترة الدراسة إلى فترتين زمنيتين ، وهما فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادي (١٩٧٨ - ١٩٩٠) ، وفترة ما بعد الإصلاح الاقتصادي (١٩٩١ - ١٩٩٩) ، ففى خلال فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادي نجد أن سعر الصرف الاسمى ظل ثابتاً حتى عام ١٩٨٨ وارتفع خلال عامى ١٩٨٩ ، ١٩٩٠ ، بينما نجد أن سعر الصرف الحقيقي ارتفع فى البداية وظل فى حالة ثبات نسبي حتى عام ١٩٨٤ ثم انخفض بعد ذلك . أما خلال فترة الإصلاح الاقتصادي فنجد أن سعر الصرف الاسمى ارتفع فى بداية فترة الإصلاح ثم ظل ثابتاً طوال فترة الإصلاح الاقتصادي ، بينما نجد أن سعر الصرف الحقيقي قد ارتفع فى البداية ثم انخفض بعد ذلك . نستنتج مما سبق أن التخفيض الاسمى لسعر صرف الجنيه المصرى لم يؤد بالضرورة إلى تخفيض حقيقى Real Devaluation بل أدى فى بعض السنوات إلى ارتفاع حقيقى Real Appreciation ، ومعنى ما سبق أن التخفيض الاسمى لم يكن كافياً لإحداث تخفيض حقيقى حيث كان الجنيه المصرى مقوماً بأكثر من قيمته الفعلية . Overvalued .

ثانياً - اختبار العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقى

فى مصر :

إن نقطة البداية لتحديد الدور الذى يمكن أن تمارسه سياسة تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية فى معالجة عجز ميزان المدفوعات المصرى يستلزم بادئ ذى بدء ضرورة تحديد العلاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقى فى مصر ، بالإضافة إلى أن تحديد اتجاه تلك العلاقة سوف يسمح لنا بتحديد وتفسير التغيرات فى سعر الصرف الحقيقي خلال فترة الدراسة .

وبصفة عامة يهدف هذا الاختبار إلى معرفة اتجاه علاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقى فى مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٩ ، هل تلك العلاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقى ؟ أم العكس هو الصحيح ؟

واستناداً إلى البيانات الواردة في الجدول (١) عن كل من سعر الصرف الحقيقي والنتائج الحقيقية وباستخدام برنامج TSP لاختبار الارتباط الثنائي Bivariate Correlation بين كل من سعر الصرف الحقيقي والنتائج الحقيقية في مصر ، فقد تم التوصل إلى النتائج التي يوضحها الجدول (٢) .

جدول (٢)

نتائج اختبار الارتباط الثنائي بين سعر الصرف الحقيقي والنتائج الحقيقية في مصر
خلال الفترة (١٩٧٨ - ١٩٩٩)

Leads (+) & Lags (-)

قيمة معامل الارتباط	Leads (+) Lags (-)
٠,٢٠٢ -	٤
٠,٢٧٦ -	٣
٠,٣٢٤ -	٢
٠,٣٠٨ -	١
٠,١٩٢	صفر
٠,٠٠٢ -	١ -
٠,٠١٨	٢ -
٠,٥٦٣	٣ -
٠,٠٢١ -	٤ -

يوضح الجدول السابق نتائج اختبار الارتباط الثنائي بين كل من سعر الصرف الحقيقي والنتائج الحقيقية في مصر ، وذلك عند فترات زمنية مختلفة سواء كانت تلك الفترات ذات فترة إبطاء Lags أو فترات مستقبلية Leads ، حيث تشير الفترات الزمنية الماضية Lags إلى استخدام سعر الصرف الحقيقي في التنبؤ بالتغيرات في النتائج الحقيقية ، بمعنى أن علاقة السببية هي من سعر الصرف الحقيقي إلى النتائج الحقيقية ، بينما تشير الفترات الزمنية المستقبلية Leads

إلى استخدام الناتج الحقيقي فى التنبؤ بالتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى بمعنى أن علاقة السببية هى من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى (Lillien, D.M., ١٩٩٠, Ch. ٧).

وتشير نتائج الجدول السابق إلى أن القيمة المطلقة لمعامل الارتباط بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى هى قيمة سالبة فى معظم الفترات الزمنية الماضية أو المستقبلية ، وهذا يعنى أن هناك علاقة عكسية بين كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى ، فارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للجنيه المصرى) يرتبط بانخفاض الناتج الحقيقى فى مصر والعكس صحيح ، ونستنتج من ذلك أن التخفيض الحقيقى Real Devaluation يرتبط بآثار انكماشية Contractionary Effects على الناتج الحقيقى ، كما أن الارتفاع الحقيقى Real Appreciation يرتبط بآثار توسعية Expansionary Effects على الناتج الحقيقى . وبطبيعة الحال لا نستطيع أن نجزم بناءً على النتائج السابقة أن الآثار الانكماشية ترجع فقط إلى التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للجنيه المصرى (ارتفاع سعر الصرف ألتخقيقى) ، فقد تكون هناك عوامل أخرى تتفاعل مع عملية التخفيض فى إحداث مثل تلك الآثار الانكماشية كما سنوضح فيما بعد .

ومن ناحية أخرى يلاحظ أن نتائج الاختبار السابق لا توضح بدقة اتجاه العلاقة السببية بين كل من سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى . ففي بعض الفترات الزمنية الماضية Leads كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط أكبر من مثيلتها فى الفترات الزمنية المستقبلية Leads ، فمثلاً كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الزمنية الماضية (- ٣) هى ٠.٥٦٣ بينما كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الزمنية المستقبلية (+ ٣) هى ٠.٢٧٦ ، وهذا يعنى أن اتجاه علاقة السببية هو من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى . فى حين كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الزمنية المستقبلية (+ ٢) هى ٠.٣٢٤ بينما كانت القيمة المطلقة لمعامل الارتباط فى الفترة الماضية (- ٢) هى ٠.٠١٨ ، مما يعنى أن اتجاه علاقة السببية هو من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى .

ونخلص مما سبق إلى أن النتائج السابقة توضح إلى حد كبير صحة العلاقة العكسية بين سعر الصرف الحقيقى والناتج الحقيقى فى مصر ، بمعنى أن انخفاض الناتج الحقيقى مرتبط بانخفاض حقيقى فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية (ارتفاع سعر الصرف الحقيقى) والعكس

صحيح . بينما لا تؤكد النتائج السابقة بصورة قاطعة اتجاه العلاقة السببية هل هي من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي أم العكس هو الصحيح ، ولتوضيح طبيعة تلك العلاقة السببية فسوف نلجأ إلى اختبار " جرانجر " للسببية Causality Granger Test والذي صمم لاختبار علاقة سببية بين متغيرين (Engle & Granger, ١٩٨٧, pp. ٢٥١-٢٧٦) . ويوضح الجدول (٣) نتائج هذا الاختبار .

جدول (٣)

نتائج اختبار جرانجر للسببية بين سعر الصرف الحقيقي

والناتج الحقيقي في مصر (١٩٧٨ - ١٩٩٩)

(تم استخدام ٣ فجوات زمنية)

المتغيرات	اللוגاريتم Log	الفروق الأولى First-difference
الناتج الحقيقي	٠,٥٥٨٧٦١ (٠,٦٥٠٣)	٠,٨٩٩٠٣١ (٠,٤٦٤٦)
سعر الصرف الحقيقي	٥,٨٣٠٣٩٣ (٠,٠٠٧٦)	٣,٦١٩٢٧٥ (٠,٠٣٨١)

في الجدول السابق تشير الأرقام التي بداخل الأقواس إلى القيمة الاحتمالية P-Value ،

بينما تشير الأرقام التي بدون أقواس إلى إحصائية (F) F. Statistics .

ويتضح من نتائج الجدول السابق أن اتجاه العلاقة السببية هو من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي وليس العكس سواء تم استخدام اللوغاريتم أو الفروق الأولى لكل من سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقي ، فالنتائج تؤيد رفض فرض العدم والقاتل بأن التغيرات في الناتج الحقيقي لا تسبب حدوث تغيرات في سعر الصرف الحقيقي ، وبالتالي قبول الفرض البديل والقاتل بأن التغيرات في سعر الصرف الحقيقي تؤدي إلى إحداث تغيرات في الناتج الحقيقي وذلك عند مستوى معنوية ١ % في حالة استخدام اللوغاريتم ، وعند مستوى معنوية ٥ % في حالة استخدام الفروق الأولى ، حيث أن (F المحسوبة في حالة استخدام اللوغاريتم = ٥,٣٨ < F

الجدولية = ٤,٩٤) ، كما أن (F المحسوبة فى حالة استخدام الفروق الأولى = ٣,٦٢ < F الجدولية = ٣,١) .

ولمزيد من التحليل فقد تمنا بتقسيم فترة الدراسة إلى فترتين زمنيتين ، الفترة الأولى من عام ١٩٧٨ وحتى عام ١٩٩٠ ، والفترة الثانية من عام ١٩٩١ وحتى عام ١٩٩٩ ، وذلك بهدف معرفة أثر تنفيذ سياسة الإصلاح الاقتصادى فى مصر مع بداية عام ١٩٩١ على طبيعة العلاقة السببية بين كل من سعر الصرف الحقيقى والنتائج الحقيقى . ويوضح الجدول (٤) نتائج اختبار جرانجر للسببية لكل من الفترتين .

جدول (٤)

نتائج اختبار جرانجر للسببية

(١) الفترة الأولى (١٩٧٨ - ١٩٩٠)

فجوة زمنية = ٣

المتغيرات	الفروق الأولى
النتائج الحقيقى	٥,٤٢٧٩٢٧ (٠,٠٤٩٧)
سعر الصرف الحقيقى	١,٢٩٣٠١٣ (٠,٣٧٣٠)

(٢) الفترة الثانية (١٩٩١ - ١٩٩٩)

فجوة زمنية = ٣

المتغيرات	الفروق الأولى
النتائج الحقيقى	٠,٣٥٩٦٠٥ (٠,٧٨٨٤)
سعر الصرف الحقيقى	١١,٨٥١٥ (٠,٠٣٦٠)

يتضح من نتائج الجدول السابق أنه في الفترة الأولى (١٩٧٨ - ١٩٩٠) وهي فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادي كانت علاقة السببية هي من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي بينما نوضح الفترة الثانية (١٩٩١ - ١٩٩٩) وهي فترة تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادي أن علاقة السببية كانت من الناتج الحقيقي إلى سعر الصرف الحقيقي ، وتفسير ذلك أنه في الفترة السابقة على تطبيق سياسة الإصلاح الاقتصادي كان هناك انخفاض ملموس في سعر الصرف الاسمي انعكس في تخفيض في سعر الصرف الحقيقي مما أدى بدوره إلى التأثير في الناتج الحقيقي . أما في الفترة التالية لبدء الإصلاح الاقتصادي فقد كان سعر الصرف الاسمي ثابتاً تقريباً خلال تلك الفترة ، بينما كان سعر الصرف الحقيقي مستمراً في الانخفاض ، وهذا يعني أن انخفاض سعر الصرف الحقيقي لم يكن راجعاً بالدرجة الأولى إلى التخفيض الاسمي وإنما كان راجعاً إلى اختلاف معدلات التضخم بين مصر والعالم الخارجى بصفة عامة والولايات المتحدة الأمريكية بصفة خاصة ، وبالتالي يمكن استنتاج أن التغيرات في الناتج الحقيقي هي التي أدت إلى إحداث تغيرات في سعر الصرف الحقيقي . أما في حالة الفترة الزمنية الكاملة وهي فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) فقد كانت علاقة السببية هي من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي ، وهذا يعكس حقيقة أن التغيرات في سعر الصرف الحقيقي تحتاج إلى فترة زمنية طويلة نسبياً لإحداث تغيرات ملموسة في الناتج الحقيقي .

ثالثاً - اشتقاق نموذج الانحدار الذاتي ذات المتجه (VAR) :

أوضحت نتائج تحليل الارتباط الثنائي أن علاقة السببية هي من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي وليس العكس ، ومع ذلك يولج التحليل السابق مشكلة الارتباط الزائف Spurious Correlation ، كما أنه لا يحدد القنوات التي من خلالها يتأثر الناتج الحقيقي بالتغيرات في سعر الصرف الحقيقي . ولهذا فسوف نلجأ فيما يلي إلى اشتقاق واختبار نموذج لانحدار ذاتي ذات المتجه وذلك لكي نتأكد من تحديد أهم المتغيرات المؤثرة في الناتج الحقيقي .

والهدف من اشتقاق هذا النموذج هو القيام أولاً بإجراء عملية انحدار للمعادلات المكونة له ، ثم القيام ثانياً باختبار تجزئة التباين بهدف معرفة الوزن النسبي لكل متغير من المتغيرات المكونة للنموذج في تفسير التغيرات المستقبلية لكل من الناتج الحقيقي وسعر الصرف الحقيقي .

وخطوات اشتقاق النموذج والمعادلات المكونة له تتمثل فيما يلي :

$$(١) \quad \text{ى} = \text{ط م} + \text{ص ص}$$

والمعادلة (١) توضح أن الناتج المحلى الإجمالى (ى) يتكون من الطلب المحلى (ط م) وصافى الصادرات (ص ص) .

$$(٢) \quad \text{ص ص} = \text{ى} \text{أ} - \text{ح} \text{أ} - \text{ى} \text{أ}$$

وتوضح المعادلة (٢) أن صافى الصادرات (ص ص) من المتوقع أن يتأثر طردياً بالتغيرات فى كل من سعر الصرف الحقيقى (ر ح) ، ويتأثر عكسياً بالناتج المحلى (ى) ، فارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى) يؤدي لزيادة الصادرات والعكس صحيح ، كما أن زيادة الدخل (ى) تؤدي لزيادة الواردات من الخارج مما ينعكس فى انخفاض صافى الصادرات (ص ص) .

وتوضح لنا النظرية الاقتصادية أن هناك العديد من العوامل التى يمكن لها أن تؤثر فى الطلب المحلى (ط م) ، ولعل من أهم تلك العوامل كل من : معدل التضخم (ت) ، سعر الصرف الحقيقى (ر ح) ، سعر الصرف الاسمى (ر) ، سعر الفائدة الاسمى (ف) ، سعر الفائدة الحقيقى (ف ح) ، عجز الموازنة العامة للدولة (ع) ، حجم الائتمان الحقيقى (ن) ، الأجور الحقيقية (ج) ، والمعادلة التالية تمثل دالة الطلب المحلى :

$$\text{ط م} = - \text{ى} \text{أ} - \text{ت} \text{أ} - \text{ى} \text{أ} + \text{ح} \text{أ} + \text{ع} \text{أ} - \text{ن} \text{أ} - \text{ف} \text{أ} - \text{ى} \text{أ} + \text{ج} \text{أ} \quad (٣)$$

والمعادلة (٣) توضح أن الطلب المحلى (ط م) من المتوقع أن يرتبط عكسياً بكل من معدل التضخم (ت) ، سعر الفائدة الاسمى (ف) ، سعر الفائدة الحقيقى (ف ح) ، وسعر الصرف الحقيقى (ر ح) . ويمكن تفسير العلاقة العكسية بين سعر الصرف الحقيقى (ر ح) والطلب المحلى (ط م) بالرجوع إلى المعادلة رقم (٢) والتي توضح أن العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى وصافى الصادرات هى علاقة طردية ، بمعنى أن ارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى) يؤدي لزيادة صافى الصادرات ، وطالما أن مجموع كل من صافى الصادرات والطلب المحلى يساوى مقدار ثابت وهو الناتج المحلى ، فإن ارتفاع سعر الصرف الحقيقى سيؤدي لانخفاض الطلب المحلى حتى تتحقق المتطابقة المعبر عنها بالمعادلة الأولى وهى

١ - ض م ، ص دس ومن ناحية اخرى نوضح المعادلة السابقة رقم (٣) ان الطلب المحلي (ط م) من النوع ان يرتبط طردياً بكل من عجز الموازنة العامة (ع) ، حجم الاستثمار المحلي الحقيقي (ب) وحجم الأجور الحقيقية (ج)

أما المعادلة رقم (٤) فتوضح ببساطة أن حجم الائتمان الحقيقي (ن) يتكون من النمو الحقيقية (م) وحجم الاقتراض الخارجي معبراً عنه بصافي تدفق رأس المال الأجنبي للداخل (ك)

$$١١ ا + ١٢ ا = ٢ (٤)$$

وتوضح المعادلة رقم (٥) أن دالة الطلب النقدي التقليدية تأخذ الشكل التالي :

$$١٥ ا - ١٥ ب = ٣ (٥)$$

حيث يرتبط الطلب النقدي (م) بعلاقة طردية مع الناتج الكلي (ي) وعلاقة عكسية مع سعر الفائدة الاسمي (ف) .

أما سعر الفائدة الاسمي (ف) فننتوقع أن يرتبط بعلاقة عكسية مع صافي التدفق الأجنبي للداخل (ك) وبالعلاقة طردية بكل من معدل التضخم (ت) والناتج المحلي (ي) كما توضح المعادلة رقم (١٦) :

$$١٦ ا + ١٦ ب - ١٦ ك = ٦ (٦)$$

وتوضح المعادلة رقم (٧) أن معدل التضخم (ت) من المتوقع أن يرتبط طردياً بكل من سعر الصرف الحقيقي (ر ح) ، سعر الصرف الاسمي (ر) والناتج المحلي (ي) .

$$١٧ ا + ١٧ ب + ١٧ ج = ٧ (٧)$$

أما صافي التدفق الأجنبي للداخل (ك) فيتحدد بكل من أسعار الفائدة المحلية والأجنبية وكذلك سعر الصرف الاسمي كما توضح المعادلة التالية .

$$١٨ ا - ١٨ ب - ١٨ ج = ٨ (٨)$$

حيث (ف) تمثل سعر الفائدة الاسمي المحلي ، (ز) تمثل سعر الصرف الاسمي ، بينما (١٠٠ ا) تمثل سعر الفائدة الاسمي الأجنبي

ويرتبط سعر الصرف الاسمي (ر) بكل من معدل التضخم (ت) ، سعر الفائدة الأجنبية (ف أ) وسعر الصرف الحقيقي (ر ح) كما توضح المعادلة التالية :

$$(9) \quad r = a_1 - a_2 + a_3 + \dots + a_n$$

أما سعر الصرف الحقيقي (ر ح) فمِن المتوقع أن يربط عكسياً بكل من صافي الصادرات (ص ص) وصافي التدفق الأجنبي للداخل (ك) كما توضح المعادلة التالية :

(۱۰) ر ح = ا ۱۱ ص ص - ا ۱۱ ك

وتوضح السعادلة (١١) أن عجز الموازنة العامة للدولة (ع) فمن المتوقع أن يرتبط عكسياً بكل من الناتج المحلي (ي) ومعدل التضخم (ت) كما يرتبط طردياً بصافي التدفق الأجنبي للدخل (ك) .

(۱۱) $\text{ع} = \text{أ} - \text{ب} + \text{ج} - \text{د}$

وأخيراً فإن المعادلة رقم (١٢) توضح أن الأجور الحقيقية (ج) فمن المتوقع أن ترتبط طردياً بكل من الناتج المحلي (ي) ومعدل التضخم (ت) .

(۱۲) ج - ا ۱۱۲ ی - ا ۱۱۲ ت

ويتكون النموذج السابق من اثني عشر معادلة ، وعن طريق الاستبعاد التدريجي لبعض المتغيرات التي يشتملها النموذج السابق فإنه يمكن اختصاره إلى النموذج التالي :

$$(1) \quad y = a_0 + a_1 x + a_2 x^2 + \dots + a_n x^n$$

$$(۲) \quad \text{ت} = -\text{ا} + \text{ح} + \text{ا} + \text{ی}$$

(۳) $1 - \alpha_1 + \alpha_2 - \alpha_3 + \dots + \alpha_n - \alpha_{n+1} = 1$

ويتكون النموذج السابق من ثلاثة معادلات وثلاثة متغيرات داخلية وهي Y ، T ، R ومتغير خارجي وهو U . ويجانب النموذج السابق والذي سوف نطلق عليه النموذج المركزي Core Model، فسوف يتم اختبار عدة نماذج أخرى بديلة، والمتغيرات التي يحتويها النموذج المركزي والنماذج البديلة هي كما يلي:

(١) ى، ت، ر، ح، ف أ (النموذج المركزى)

(٢) Y, T, R, M, E

(٣) Y, T, R, E, F, A

(٤) Y, T, R, M, F, A

(٥) Y, T, R, K, F, A

رابعاً - اختبار تجزئة التباين (VD) :

يهدف هذا الاختبار إلى معرفة الوزن النسبي لكل متغير من متغيرات المعادلات المكونة للنماذج السابقة في تفسير التغيرات المستقبلية في كل من سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقي . وقبل البدء في اختبار النماذج السابقة سنبدأ أولاً في التأكد من أن سلاسل بيانات المتغيرات المكونة لتلك النماذج هي ساكنة Stationary عند مستوياتها خلال فترة الدراسة (١) وذلك لأنه إذا كانت بعض متغيرات السلسلة الزمنية غير ساكن والبعض الآخر ساكن فسوف ينتج عن عملية الانحدار ما يسمى بالانحدار الزائف (Harvey, Spurious Regression) (٨٢, p. ١٩٩٠) ولذلك سوف يتم القيام باختبار جذر الوحدة Unit Root Test للتأكد من مدى سكون السلسلة الزمنية لبيانات كل متغير من المتغيرات خلال فترة الدراسة ، وسيتم استخدام جدول Dickey-Fuller لاختبار جذر الوحدة لكل متغير من المتغيرات المكونة للنماذج السابقة ، حيث تعتبر السلسلة هي سلسلة غير ساكنة إذا كانت قيمة تاو $(\tau) = t$ المقدرة أقل من القيمة الحرجة لها في جدول Dickey-Fuller ، وهذا يعني قبول الفرض البديل ومفاده أن السلسلة الزمنية محل الاختبار هي سلسلة غير ساكنة . أما إذا كانت قيمة تاو $(\tau) = t$ المقدرة أكبر من القيمة الحرجة لها فهذا يعني رفض افتراض جذر الوحدة (رفض فرض العدم) ومن ثم تعتبر السلسلة الزمنية هي سلسلة ساكنة (William, E.G., etall, ١٩٩٢, p. ٦٩٦) .

(١) السلسلة الزمنية الساكنة هي سلسلة تتميز بأن لها متوسط وتباين لا يتغيران مع الزمن ، ومن ثم فهي تميل إلى أن تعود إلى متوسطها وتتذبذب حول هذا المتوسط خلال مدى ثابت ، في حين أن السلسلة الزمنية غير الساكنة تتميز بأن متوسطها وتباينها يتغيران عبر الزمن .

والجدول التالى يوضح نتائج اختبار جذر الوحدة لمتغيرات الدراسة ^(١) باستخدام صيغة لا تحتوى على الحد الثابت كما نرى أيضاً على حد الفترات الزمنية وقد تم استخدام اللوغاريتم الطبيعي (Log) والتروق First Difference لكل متغير من متغيرات الدراسة

جدول : ٥

اختبار جذر الوحدة لمتغيرات الدراسة

(فجوة زمنية واحدة)

خلال الفترة من (١٩٧٨ - ١٩٩٩)

اختبار Dicket-Fuller لإحصائية t		المتغيرات
First-difference	Log	
*** ٢,٤١١٤ -	٠,٣٥٢٤٨	١ - الناتج المحلى الحقيقى (ي)
*** ٠,٩٨٢٢ -	٠,١٤٨٤ -	٢ - سعر الصرف الحقيقى (ر ح)
*** ٠,٧٤٠٩ -	١,٤٠٣٩	٣ - النفود الحقيقية (م)
*** ١,٧٢٤٨ -	١,٠٤٧٦	٤ - عجز الموازنة العامة (ع)
*** ٤,٢٠٩ -	٠,٧٧٩٤ -	٥ - معدل التضخم (ت)
*** ٤,٠٨٢٢ - (١)	٦ - صافى التدفق الخارجى للدخل (ك)

* : تشير إلى مستوى معنوية ١ % .

** : تشير إلى مستوى معنوية ٥ % .

*** : تشير إلى مستوى معنوية ١٠ % .

يتضح من نتائج الجدول السابق أن بيانات السلسلة الزمنية غير ساكنة عند استخدام اللوغاريتم الطبيعي لكل المتغيرات فيما عدا الناتج المحلى الحقيقى ، فى حين أصبحت جميع

^(١) تم الحصول على البيانات المسئلة لمتغيرات الدراسة من :

International Financial Statistics, Year Book, ٢٠٠٠, IMF.

* تقارير البنك المركزى المصرى ، أعداد مختلفة .

^(٢) لم نستطع إيجاد لوغاريتم لصافى التدفق الخارجى للدخل (ك) نظراً لأن قيم (ك -) فى معظم سنوات السلسلة الزمنية هى قيم سالبة .

المتغيرات سائنة عند استخدام الفروق الأولى وذلك عند مستويات معنوية مختلفة ١ % ، ٥ % ، ١٠ % . ومن ثم سنقوم باستخدام الفروق الأولى لجميع المتغيرات عند اختبار نموذج (VAR) . وبعد القيام باختبار نموذج VAR عن طريق القيام بعملية انحدار لجميع متغيرات النموذج المركزى والنماذج البديلة ، فإن الخطوة التالية هى استخدام أسلوب تجزئة التباين (VD) والذى استخدمه Sim (١٩٨٠، pp. ١-٤٨) ، حيث يهدف هذا الأسلوب إلى تجزئة خطأ التنبؤ إلى نسب يمكن إرجاعها إلى المتغير نفسه وإلى المتغيرات الأخرى المكونة للنموذج .

والجدول التالى يوضح نتائج اختبار تجزئة التباين خلال فترة مستقبلية تقدر بعشرين سنة ، ويوضح الجدول (٦) نتائج اختبار تجزئة التباين للنموذج المركزى . أما الجدول (٧) فيوضح نتائج اختبار تجزئة التباين للنماذج الأخرى ، حيث سنكتفى بعرض النتائج المتعلقة بكل من النتائج المحلى الحقيقى (ي) وسعر الصرف الحقيقى (ر ح) ، وذلك فيما يتعلق بأهم المتغيرات التى تفسر التغيرات المستقبلية فى كل منهما .

جدول (٦)

نتائج اختبار تجزئة التباين (VD) ، النموذج المركزى (Core Model)

المتغيرات : ي ، ر ح ، ت ، ف أ : متغير خارجى

المتغير	خطأ التنبؤ	فترة التنبؤ	النسبة التى يفسرها كل متغير فى خطأ التنبؤ (%)		
			ي	ر	ت
ي	٠,٠٣٣٤٧٥	٢	٨٦,٥٣	٧,١٦	٦,٣١
	٠,٠٤٤٨٩١	٤	٧٣,٢٤	٢٣,٢٢	٣,٥٤
	٠,٠٥٠٥٧٧	١٦	٧٠,٨٧	٢٣,٩٨	٥,١٥
	٠,٠٥٠٦٩٢	٢٠	٧٠,٨٢	٢٤,٠١	٥,١٨
ر ح	٠,١٧٤١٣٣	٢	٣٥,٥٨	٦٢,٢٢	٦,٣٣
	٠,١٨٦٣٧١	٤	٣٣,٨٠	٥٢,٠١	١٤,٩٩
	٠,٢٠٨٧٦١	١٦	٣٠,٦٧	٥١,٩٦	١٧,٤٨
	٠,٢٠٩٢٠٦	٢٠	٣٠,٦٠	٥١,٨٦	١٧,٥٤

جدول (٧)

نتائج اختبار تجزئة التباين (VD)

النماذج البديلة (٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥)

النموذج	المتغير	خطأ التنبؤ	فترة التنبؤ	النسبة التي يفسرها كل متغير من خطأ التنبؤ (%)				
				ي	ر ح	ت	م	ع ك
(٢)	ي	٠,٠٣٦٠٥٩	٤	٦٦,٩١	٢٣,٨٧	٠,٩٩	٧,٩٩	٠,٢٣
		٠,١٧٨٨٢٦	٢٠	٥٤,٦٩	٢٧,٦١	٩,٧١	٢,٠٦	٥,٩٣
	ر ح	٠,١٩٤٧١٢	٤	٤٨,٥٩	٣٦,٥٢	٧,٠٩	٥,٧٣	٢,٠٥
		٠,٨٣٤٧٦٥	٢٠	٥٤,٦٧	٢٧,٥٢	٩,٩٢	١,٨٤	٦,٠٥
	ي	٠,٠٤٣٨٦٨	٤	٦٨,٤٤	٢٥,١٨	٤,٢٢	٢,١٦
		٠,٠٥٠٧٧٠	٢٠	٦١,٤٤	٢٩,٢١	٦,٦٠	٢,٧٤
(٣)	ر ح	٠,١٩٣٣١٥	٤	٤٠,٦٦	٣٧,١٢	١٧,٢١	٥,٠١
		٠,٢١٤٧١٠	٢٠	٣٥,٤٨	٤١,٣٨	١٨,٣٦	٤,٧٨
	ي	٠,٠٤٤٠٤٢	٤	٦٠,٤١	٢٦,٩١	٣,٩٦	٨,٧٢
		٠,٠٥٤٤٦٠	٢٠	٥٠,٠٧	٣٠,٥٥	٣,٩٩	١٥,٣٨
	ر ح	٠,١٧٢٢٣١	٤	٢٤,١٩	٤٥,٢٦	٠,٥٦	١٩,٩٨
		٠,٢٢٠٧٧٣	٢٠	٤١,٤١	٣٩,٥٧	١,٣٥	١٧,٦٧
(٥)	ي	٠,٠٣٢٧٨٨	٤	٦٩,٧٨	٨,٠٦	٢٠,٠٢	٢,١٤
		٠,٠٤١٤٠٣	٢٠	٥٥,٦٥	١٥,٥٧	٣٣,٠٣	٥,٧٥
	ر ح	٠,١٢١٥٤٥	٤	١٥,٢٦	٤٢,٣٧	٢٢,٦٧	١٩,٧١
		٠,١٥٢٢٤٥	٢٠	٢١,١٩	٣٧,٨٣	٢٥,٣٧	١٥,٦١

يتضح من نتائج الجدول (٦) الذي يختبر النموذج المركزي أن التغيرات في الناتج المحلى الحقيقي (ي) يمكن إرجاعها بصفة أساسية إلى صدمات Shock تتعلق بالناتج الحقيقى بنسبة (٧١ %) ، وأن سعر الصرف الحقيقى (ر ح) مسؤل عن تفسير ٢٤ % من تلك التغيرات ، بينما يفسر معدل التضخم ٥ % فقط من التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى .

أما فيما يتعلق بالتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى (ر ح) فيمكن أيضاً إرجاعها بصفة أساسية إلى صدمات تتعلق بسعر الصرف الحقيقى نفسه (٥٢ %) ، وأن الناتج الحقيقى مسئول عن تفسير ٣١ % من تلك التغيرات ، بينما يفسر معدل التضخم ١٧ % من تلك التغيرات .

أما بالنسبة لاختبار تجزئة التباين الخاص بالنماذج البديلة (٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥) ، نجد أنه بالنسبة لكل من النماذج ٢ ، ٣ ، ٤ فإن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى مازالت تمثل العامل الثانى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى ٢٨ % ، ٢٩ % ، ٣١ % على التوالى ، بينما تفسر المتغيرات الأخرى من ٢ % إلى ١٥ % فقط . وفى النموذج رقم (٥) نجد أن معدل التضخم يأتى فى المرتبة الثانية حيث يفسر ٣٣ % من التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى بينما يأتى سعر الصرف الحقيقى فى المرتبة الثالثة حيث يفسر ١٦ % ، بينما يفسر تدفق رأس المال الأجنبى للداخل ٦ % فقط من تلك التغيرات .

أما بالنسبة للتغيرات المستقبلية فى سعر الصرف الحقيقى فنجد أن العامل الأول فى تفسير تلك التغيرات هو الناتج الحقيقى وذلك بالنسبة لكل من النماذج ٢ ، ٤ ، (٥٥ % ، ٤١ %) على التوالى بينما يأتى سعر الصرف الحقيقى فى المرتبة الثانية حيث يفسر ٢٨ % ، ٣٩ % على التوالى ، أما بالنسبة لكل من النموذج ٣ ، ٥ فإن العامل الأول فى تفسير تلك التغيرات هو سعر الصرف الحقيقى حيث يفسر ٤١ % ، ٣٨ % على التوالى ، بينما يأتى الناتج الحقيقى فى المرتبة الثانية حيث يفسر ٣٥ % ، ٢١ % على التوالى .

نستنتج مما سبق أن اختبار تجزئة التباين لكل من النموذج المركزى والنماذج الخمسة الأخرى البديلة توضح أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى تعتبر العامل الأساسى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى فى معظم النماذج حيث تأتى فى المرتبة الثانية بعد الصدمات المتعلقة بالناتج الحقيقى نفسه ، وهذا ما يؤكد على أهمية سعر الصرف الحقيقى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى ، كما يتضح من النتائج السابقة أيضاً أن التغيرات فى الناتج الحقيقى تعتبر من أهم العوامل المفسرة للتغيرات المستقبلية فى سعر الصرف الحقيقى .

الخلاصة والنتائج :

استهدفت هذه الدراسة تحليل العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي والنتائج الحقيقية فى مصر خلال الفترة من عام ١٩٧٨ حتى عام ١٩٩٩ . وكان التساؤل الأساسى الذى حاولت هذه الدراسة الإجابة عليه يتعلق بالآثار الاقتصادية المترتبة على ارتفاع سعر الصرف الحقيقى (التخفيض الحقيقى للقيمة الخارجية للعملة) ، وبعبارة أخرى كان التساؤل الأساسى للدراسة هو هل ترتب على التخفيض الحقيقى للجنيه المصرى آثاراً توسعية أم آثاراً انكماشية على الناتج المحلى الحقيقى فى مصر ، هذا بالإضافة إلى الإجابة على بعض التساؤلات الأخرى المتعلقة بطبيعة العلاقة بين سعر الصرف الحقيقى والنتائج المحلى الحقيقى ، وأيضاً ما هو الوزن النسبى للتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى .

وللإجابة على التساؤلات السابقة بدأت الدراسة أولاً فى جانبها النظرى بتحديد مفهوم سعر الصرف الحقيقى وكيفية قياسه ، حيث تم التوصل إلى صيغة تعتبر من أكثر الصيغ قبولاً بين الباحثين وذلك لقياس سعر الصرف الحقيقى فى مصر ، وذلك باعتباره مؤشراً جيداً للقدرة التنافسية التى تتمتع بها الدولة فى الأسواق العالمية ، كما تم توضيح طبيعة العلاقة بين التخفيض الاسمى Nominal Devaluation والتخفيض الحقيقى Real Devaluation ، حيث أوضحت الدراسة أن التخفيض الاسمى لا يترتب عليه بالضرورة تخفيض حقيقى ، بل قد يترتب عليه أحياناً ارتفاع حقيقى Real Appreciation ، ويتوقف الأمر بطبيعة الحال على مدى انحراف Misalignment سعر الصرف القائم عن سعر الصرف التوازنى طويل الأجل

ثم تناولت الدراسة بعد ذلك مفهوم العلاقة السببية بين كل من سعر الصرف الحقيقى والنتائج الحقيقية ، حيث تم تحليل الحالات التى تكون فيها علاقة السببية هى من سعر الصرف الحقيقى إلى الناتج الحقيقى ، وتلك الحالات التى تكون فيها تلك العلاقة هى من الناتج الحقيقى إلى سعر الصرف الحقيقى . وبعد ذلك تم تناول أهم الآثار الاقتصادية المترتبة على تخفيض القيمة الخارجية للعملة الوطنية ، حيث تم استعراض سريع لأهم المداخل النظرية التى تناولت سياسة التخفيض ومدى فاعليتها فى إحداث الآثار المرغوبة منها . كما تم استعراض لأهم الدراسات التطبيقية التى حاولت قياس أثر التخفيض على الناتج المحلى الحقيقى ، حيث توصلت بعض الدراسات إلى أن للتخفيض آثاراً انكماشية على الناتج الحقيقى ، فى حين توصلت بعض

الدراسات الأخرى إلى أن للتخفيض اتراً إيجابية على الناتج الحقيقي كما تناولت بعض الدراسات التطبيقية الوزن النسبي للتغيرات في سعر الصرف الحقيقي في مدى تأثيرها على التغيرات المستقبلية للناتج الحقيقي ، وقد توصلت معظم تلك الدراسات إلى أن سعر الصرف الحقيقي يعتبر أهم العوامل المفسرة للتغيرات المستقبلية في الناتج الحقيقي .

أما في الجانب التطبيقي من الدراسة ، فقد تم في البداية استعراض لتطور أسعار الصرف في مصر ، وتحليل العلاقة بين سعر الصرف الاسمي وسعر الصرف الحقيقي ، واتضح من تلك العلاقة أن التخفيض الاسمي لم يترتب عليه بالضرورة تخفيض حقيقي في كل الفترة الزمنية محل الدراسة ، بل أدى في فترة ما بعد الإصلاح الاقتصادي إلى ارتفاع حقيقي Real Appreciation . ثم تناولت الدراسة اختبار علاقة السببية بين سعر الصرف الحقيقي والناتج الحقيقي في مصر خلال الفترة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) ، واتضح من نتائج الاختبار أن علاقة السببية هي من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي ، ولكن عندما تم تقسيم فترة الدراسة إلى فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادي (١٩٧٨ - ١٩٩٠) ، وفترة ما بعد الإصلاح الاقتصادي (١٩٩١ - ١٩٩٩) ، أوضحت نتائج الاختبار أن علاقة السببية في خلال فترة ما قبل الإصلاح كانت من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي ، بينما كانت علاقة السببية من الناتج الحقيقي إلى سعر الصرف الحقيقي في خلال فترة ما بعد الإصلاح الاقتصادي . وطالما أن التغيرات في سعر الصرف الحقيقي لا يمكن النظر إليها على أنها المسئول الوحيد عن التغيرات في الناتج الحقيقي ، فقد تم اشتقاق نموذج للانحدار الذاتي ذات المتجه (VAR) وذلك بهدف التعرف على أهم المتغيرات المؤثرة في الناتج الحقيقي في مصر ، وبعد القيام بعملية انحدار للنموذج المركزي Core Model والنماذج البديلة ، تم القيام بعملية اختبار لتجزئة التباين (VD) بهدف التعرف على الأهمية النسبية لكل متغير من المتغيرات المكونة للنماذج المختلفة في تفسير التغيرات المستقبلية للناتج المحلي الحقيقي ، وقد اتضح من نتائج الدراسة أن سعر الصرف الحقيقي يعتبر أهم العوامل التي فسرت التغيرات المستقبلية في الناتج الحقيقي في مصر خلال فترة الدراسة ، حيث أتى في المرتبة الثانية بعد التغيرات المتعلقة بالناتج الحقيقي نفسه .

وقد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية :

١ - لم يترتب على التخفيض الاسمي للقيمة الخارجية للعملة الوطنية تخفيض حقيقي لها خلال فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) وخاصة في فترة البدء في سياسات الإصلاح الاقتصادي حيث كان سعر الصرف الحقيقي مرتفعاً نسبياً ، وهذا يعني أن الجنيه المصري كان متوالياً بأكثر من قيمته Overvalued ، وهذا يعني أن سعر الصرف الاسمي كان لا يزال منحرفاً Misalignment عن سعر الصرف التوازني .

٢ - أوضحت نتائج الدراسة أن علاقة السببية كانت من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي خلال فترة الدراسة (١٩٧٨ - ١٩٩٩) ، ولكن حين تم تقسيم فترة الدراسة إلى فترتين ، وهما فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادي (١٩٧٨ - ١٩٩٠) وفترة البدء في سياسات الإصلاح الاقتصادي (١٩٩١ - ١٩٩٩) ، فقد أوضحت النتائج أن علاقة السببية في فترة ما قبل الإصلاح الاقتصادي كانت من سعر الصرف الحقيقي إلى الناتج الحقيقي ، بينما كانت تلك العلاقة السببية هي من الناتج الحقيقي إلى سعر الصرف الحقيقي في فترة البدء في سياسات الإصلاح الاقتصادي .

٣ - أوضحت نتائج الدراسة أن الآثار الانكماشية على الناتج المحلي الحقيقي في مصر مرتبطة بارتفاع سعر الصرف الحقيقي Real Devaluation ، والعكس صحيح ، بمعنى أن الآثار الإيجابية على الناتج المحلي الحقيقي في مصر مرتبطة بانخفاض سعر الصرف الحقيقي Real Appreciation ، أو بعبارة أخرى فإن التخفيض الحقيقي للقيمة الخارجية للجنيه المصري يؤدي لإحداث آثار انكماشية على الناتج المحلي الحقيقي ، وأن الارتفاع الحقيقي للقيمة الخارجية للجنيه المصري يؤدي لإحداث آثار إيجابية على الناتج المحلي الحقيقي .

٤ - إذا كانت النتائج قد أوضحت أن التخفيض الحقيقي والآثار الانكماشية مرتبطة ببعضها البعض ، فلا نستطيع أن نجزم أن التخفيض الحقيقي للقيمة الخارجية للجنيه المصري سوف يترتب عليه آثاراً انكماشية على الناتج الحقيقي مستقبلياً ، ومن هنا لا نستطيع أن نوصي بأن تكون السياسة البديلة هي رفع القيمة الخارجية للجنيه المصري بهدف إحداث آثار إيجابية على الناتج الحقيقي . فمن الواضح أن الفترة الزمنية التي واجهت عملية التخفيض كانت مرتبطة ببعض المشاكل التي كان يعاني منها الاقتصاد المصري مثل زيادة عبء المديونية

الخارجية ، ارتفاع معدلات التضخم ، وتنامى العجز فى ميزان المدفوعات . ولاشك أن اتباع استراتيجية للتخفيض الحقيقى فى ظل ظروف مواتية مثل استقرار الأسواق المالية ، سهولة النفاذ إلى أسواق رأس المال الدولية ، تحسن الأداء الاقتصادى ، والتغلب على المشاكل الهيكلية التى يعانى منها الاقتصاد المصرى . مثل تلك الاستراتيجية قد يترتب عليها آثار توسعية على الاقتصاد المصرى . وبالإضافة إلى ذلك فإن عملية الإصلاح الاقتصادى التى بدأتها مصر منذ بداية التسعينات والتى تمثلت فى كل من الخصخصة ، تخفيض العجز المالى ، تحقيق الاستقرار فى الأسواق النقدية ، تخفيض العجز فى ميزان المدفوعات ، يمكن أن تزيد من استجابة الناتج المحلى الحقيقى لعملية التخفيض فى القيمة الخارجية للعملة الوطنية حيث أن كافة تلك العوامل من المتوقع أن يكون لها تأثير إيجابى على مرونة الجهاز الإنتاجى .

٥ - أوضحت نتائج اختبار تجزئة التباين أن التغيرات فى سعر الصرف الحقيقى تعتبر العامل الأساسى فى تفسير التغيرات المستقبلية فى الناتج الحقيقى لمصر وبلى ذلك فى الأهمية كل من معدل التضخم وتدفق رأس المال للداخل ، كما أوضحت أيضاً نتائج اختبار تجزئة التباين أن التغيرات فى الناتج الحقيقى تعتبر من أهم العوامل المفسرة للتغيرات فى سعر الصرف الحقيقى فى مصر .

٦ - على الرغم من أن تحديد سعر الصرف الحقيقى التوازنى هو موضوع خارج نطاق دراستنا الحالية ، حيث يتطلب ذلك الأمر تحديد العديد من المتغيرات التى يمكن أن تساهم فى تحديد سعر الصرف التوازنى مثل شروط التجارة ، مستوى التعريف الجمركية ، السياسات المالية ، وأسعار الفائدة العالمية . حيث يتم تقدير مدى استجابة الاقتصاد القومى لتلك المتغيرات عند وضع التوازن العام . وعلى الرغم من الصعوبات التى يمكن أن تواجه تحديد مثل ذلك السعر التوازنى إلا أنه يمكن تحديد سياسة لسعر الصرف فى مصر تكون قريبة من سعر الصرف التوازنى ، وأن يواكب تلك السياسة حزمة من السياسات الكلية التى تهدف إلى تقليل العجز فى الموازنة العامة للدولة ، تخفيض العجز فى ميزان المدفوعات ، وتخفيض معدلات التضخم .

٧ - يجب على الحكومة المصرية أن تبدأ فى تنمية مصادر عرض العملة الأجنبية وخاصة الدولار ، وفى نفس الوقت العمل على ترشيد مصادر الطلب على العملة الأجنبية ، مع ترك سعر الصرف يتحدد وفقاً للطلب والعرض وعدم دعمه بالسحب من الاحتياطي الدولارى الموجود لدى البنك المركزى المصرى وذلك قبل الإقدام على إتباع أي سياسة لتخفيض القيمة الخارجية للجنيه المصرى أو اتخاذ قرار التحرير الكامل لسعر الجنيه المصرى .

قائمة المراجع

References

أولاً - المراجع الأجنبية :

- 1- Balassa, B., (1990), "Incentive Policies and Export-Performance in Sub-Saharan Africa", *World Development*, Vol. 18, pp. 383-393.
- 2- Calvo, G., Vegh, C.A., (1993), "Exchange Rate Based Stabilization Under Imperfect Credibility", in: Frisch, H., Worgotter, A. (Eds.), *Open Economy Macroeconomics*, MacMillan, London, pp. 3-28.
- 3- Cattani, J., D. Cavallo, and M.S. Khan, (1990), "Real Exchange Rate Behavior and Economic Performance in LDCs", *Economic Development and Cultural Change*, Vol. 39, pp. 61-76.
- 4- Domac, U. & Shabsigh, G., (1999), "Real Exchange Rate and Economic Growth: Evidence from Egypt, Jordan, Morocco, and Tunisia", *IMF Working Paper*, International Monetary Fund (IMF), Washington, D.C.
- 5- Edwards, S., (1985), "Exchange Rate Misalignment in Developing Countries: Analytical Issues and Empirical Evidence", *Working Paper*, World Bank, Country Policy Department, Washington, D.C.
- 6- Edwards, S., (1988), "Real and Monetary Determinants of Real Exchange Behavior: Theory and Evidence from Developing Countries", *Journal of Development Economics*, Vol. 29, pp. 311-341.
- 7- Edwards, S., (1988), "Exchange Rate Misalignment in Developing Countries", *Occasional Paper*, 2, The World Bank.

- 8- Engle, R.F., Granger, C.W.J., (1993), "Co-Integration and Error Correction: Representation, Estimation, and Testing", *Econometrica*, March, pp. 251-276.
- 9- Gujarati, M., (1999), *Essentials of Econometrics*, New York: Irwin Mc Graw Companies, Inc.
- 10- Harvey, A.C., (1990), *The Econometric Analysis of Time Series*, New York: Philip Allan: 2nd Edition.
- 11- Helmers, F.L., (1988), *The Real Exchange Rate in the Open Economy* (ed.) by Dumbush, R., and Helmers, F.L., Washington. World Bank.
- 12- Hoffmaister, A.W., & Vegh, C., (1996), "Disinflation and the Recession - Now - Versus - Recession - Later Hypothesis: Evidence from Uruguay", *IMF Staff Paper*, 43, pp. 355-394.
- 13- Kamin, S.B., & Rogers, J.H., (2000), "Output and the Real Exchange Rate in Developing Countries. An Application to Mexico", *Journal of Development Economics*, 61, pp. 85-109.
- 14- Kamin, S.B., & Rogers, J.H., (1996). "Monetary Policy in the End-Game to Exchange Rate Based Stabilization: The Case of Mexico", *Journal of International Economics*, 41, pp. 285-308.
- 15- Kignel, M., Liviatan, N., (1992), "The Business Cycle Associated with Exchange Rate Based Stabilization", *World Bank Economic Review*, 6, pp. 279-305.
- 16- Lillien, D.M., (1990), *Micro TSP: User's Manual*, USA, Irvine, California.
- 17- Lizondo, J.S., & Montiel, P.J., (1989), "Contractionary Devaluation in Developing Countries", *Staff Paper*, 36, IMF, pp. 182-227.
- 18- Mongardini, J., (1998), "Estimating Egypt's Equilibrium Exchange Rate", *IMF Working Paper*, IMF, Washington, D C

- 19- Morley, S.A., (1992), "On the Effect of Devaluation During Stabilization Programs in LDCs", *Review of Economics and Statistics*, LXXIV, pp. 21-27.
- 20- Rebelo, S., (1994), "What Happens When Countries Peg their Exchange Rates? (The Real Side of Monetary Reforms)", *Working Paper, IMF*.
- 21- Rogers, J.H., & Wang, P., (1995), "Output, Inflation, and Stabilization in a Small Open Economy: Evidence from Mexico", *Journal of Development Economics*, 46, pp. 271-393.
- 22- Roldos, J.E., (1995), "Supply Side Effects of Disinflation Programs", *IMF Staff Papers*, 42, pp. 158-183.
- 23- Roldos, J. E., (1995), "Supply-Side Effects of Disinflation Programs", *IMF Staff Paper*, 42, pp. 158-183.
- 24- Santalella, J., & Vela, A.E., (1996), "The 1987 Mexican Disinflation Program: An Exchange Rate Based Stabilization", *IMF Working Paper*, 24.
- 25- Sims, C., (1980), "Macroeconomic and Reality", *Econometrica*, 48, pp. 1-40.
- 26- Willet, T., (1986), "Exchange Rate Volatility, International Trade and Resource Allocation", *Journal of International Money and Finance* (Supplement) 5 (March), pp. 101-112.
- 27- William, E.G., R. Carter, H., George, G.J., (1992), *Learning and Practicing Econometrics*, New York: John Willey & Sons, Inc.

ثانياً - المراجع العربية :

- ١ - مجلس الشورى (١٩٨٦) ، سعر الصرف خلال الفترة من عام ١٩٤٧ وحتى الآن ، سلسلة تقارير مجلس الشورى ، تقرير ١٤ .
- ٢ - يسرى أحمد ، عبد الرحمن، (١٩٩٩) ، الاقتصاديات الدولية ، الإسكندرية : مطبعة سامي .

رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر
دراسة في القانونين الفرنسي والإماراتي

بحث مقدم للنشر في
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

من

الدكتور عدنان إبراهيم سرحان
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة

يونيو - حزيران
٢٠٠٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم :

١ - عندما تقوم مسؤولية الغير عن الضرر الذي ضمنه المؤمن، فإن ذلك يستدعي تنازع مبدئين أساسيين : فمن جانب أول، لا يمكن للمؤمن له (أو المضرور في التأمين من المسؤولية)، الجمع بين مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين والتعويض المستحق على الغير المسؤول عن الضرر. فما يدفعه المؤمن يتمتع بالصفة التعويضية، وهو بهذا الاعتبار يخضع لمبدأ التعويض الكامل للضرر^(١)، الذي يعني بكل بساطة بأن التعويض يجب أن يغطي كامل الضرر الواقع فعلاً ولا شيء غير الضرر. فيجب ألا يسمح للمؤمن له، بعد حصوله على التعويض من المؤمن، أن يتخذ من وقوع الضرر مناسبة للإثراء بأن يرجع مرة أخرى على الغير المسؤول عن الضرر ليطالبه بجبر ضرر سبق تعويضه.

٢ - ومن جانب ثان، يجب أن لا يكون نظام التأمين وسيلة يتمكن من خلالها المسؤول عن الضرر من التملص من نتائج مسؤوليته عن الفعل الضار. إذ مما يخالف النظام العام أن يتمتع المسؤول عن الضرر بأية حصانة من الرجوع عليه بالتعويض لمجرد وجود نظام التأمين^(٢). فتوفير مثل هذه الحصانة له أثر سلبي على دور المسؤولية المدنية في تقويم السلوك وإشاعة روح التهاون وعدم الاحتياط في المجتمع.

٣ - ولمراعاة هذين المبدئين تم إقتراح حلين : - الأول يتمثل في إعطاء التأمين دوراً احتياطياً، مما يعني أن المؤمن له لا يستطيع مطالبة المؤمن بالضمان ما لم يرجع أولاً على المسؤول عن الضرر ويفشل في الحصول على التعويض بسبب إعسار المسؤول. والثاني يقوم على الاعتراف للمؤمن بالحق في الرجوع على المسؤول عن الضرر بعد دفع التعويض للمؤمن له. ويبدو أن الحل الثاني هو الذي اختارته مختلف الأنظمة التشريعية في العالم.

إن دراسة حق المؤمن في الرجوع بما دفعه من تعويض، يقتضي منا أن نبحث أساس هذا الرجوع، نطقه، شروطه ومداه، ونتناول كل ذلك بمباحث أربعة

^(١) في تفصيل هذا الموضوع انظر، عنان إبراهيم سرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار في القانون المدني الأردني وقانون المبيعات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة الأبن والقانون الصادرة عن كلية شرطة دبي، ص ٦، ع ١ يوليو ١٩٩٨، ص ١٣٤ وما بعدها.

^(٢) Claude - J. Berr et Hubert Groutel, Droit des assurance, Mémentos Dalloz, 6^e édition, 2001, P.109.

المبحث الأول

أساس الحق في الرجوع

٤ - كانت محكمة النقض الفرنسية قد قبلت رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر بموجب دعوى شخصية تستند إلى المادتين (١٣٨٢ - ١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي المنظمين للمسئولية التقصيرية. غير أن المحكمة عادت لترفض تكرير هذا المبدأ استناداً إلى أن المؤمن، وهو يدفع التعويض للمؤمن له، فإنه لا يتعرض لأي ضرر، فالمبلغ الذي يدفعه للمؤمن له إنما يتم تغطيته من مجموع دفعات وأقساط التأمين التي يقبضها من المؤمن لهم، وتفيذاً لالتزاماته بموجب عقد التأمين الذي يربطه بالمؤمن له^(١).

٥ - كما طرح كأساس ثان لحق المؤمن في الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر مبدأ الحلول القانوني الذي نصت عليه المادة (١٢٥١ - ٣) من القانون المدني الفرنسي. فهذا المادة تعطي لمن كان مسؤولاً عن الدين مع المدين، كالمدين المتضامن، أو عن المدين كالكفيل، عند وفائه بالدين الحق في الحلول محل الدائن في الرجوع على المدين الموفى عنه. وكسابقه، فقد رفض القضاء الفرنسي^(٢) هذا الأساس وذلك لعدم توفر شروط انطباقه على رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر. فالمؤمن غير مسئول عن دين التعويض مع محدث الضرر، وهو وبشكل أكبر غير مسئول عن الدين عنه.

أما في القانون الإماراتي فإن هذا الأساس لا يمكن اعتماده لذات العلة التي أخذ بها القضاء الفرنسي أولاً، وأكثر من ذلك لأن قانون المعاملات المدنية الإماراتي لم يأخذ أصلاً بمبدأ عام، يسمح لمن وفى بدين غيره بالرجوع على الموفى عنه بموجب قواعد الحلول.

٦ - على أن فكرة الحلول أصبحت أساساً لرجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر من خلال تبنيها بنصوص تشريعية خاصة بعقد التأمين في قوانين الكثير من الدول.

فالمادة (٣٦) من قانون ١٣/٧/١٩٣٠م والتي أصبحت المادة (١٢١-١٢٢L) من تقنين التأمين الفرنسي قد أخضعت صراحة رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر لقواعد الحلول، فقد جاء فيها أن : " المؤمن الذي يدفع مبلغ التأمين يحل في حدود هذا المبلغ في حقوق ودعاوى المؤمن له ضد الغير الذي سبب بفعله الضرر الذي نجمت عنه

^(١) Cass. Req. 18 avr. 1932, DH. 1932, P. 282, Ph. LeTourneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, éd. Dalloz, 2002-2003, n° 2753, p.694.

^(٢) Cass. Req. 22 déc. 1852, D. 1853, I. P.93; Cass. Civ. 2 juill. 1878, DP. 1878, I, P. 345.

مسئولية المؤمن ". وهي بذلك قد أضافت تطبيقاً جديداً من تطبيقات الحلول القانوني علاوة على ما كانت تشتمل عليه المادة (١٢٥١) من القانون المدني الفرنسي.

وقد تبنت المادة (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي هذا الأساس عندما نصت على أنه : " يجوز للمؤمن أن يخل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن... " .

٧ - وإذا تأكد لنا أن الأساس القانوني لرجوع المؤمن على الغير المتسبب في الضرر يقوم على مبدأ الحلول القانوني الذي كرسه نصوص خاصة في التنظيم القانوني لعقد التأمين، فهل يعني ذلك غلق الباب أمام أسس أخرى يمكن أن يلجأ إليها المؤمن لضمان حقه في الرجوع؟ تقليدياً، قرر القضاء الفرنسي أن نصوص القانون المدني الفرنسي المنظمة لرجوع المؤمن هي قواعد أمرة، وعليه فلا يحق للمؤمن الرجوع بآلية وسيلة أخرى^(١). وكان قصد القضاء منع الرجوع بموجب قواعد حوالة الحق التي هي، مقارنة بقواعد الحلول القانوني، أقل حماية لمصلحة المؤمن له. فالمؤمن، وهو بموجب قواعد حوالة الحق، سيصبح الدائن في مواجهة الغير المسؤول عن الضرر، من المحتمل أن يحصل من الأخير على أكثر مما دفعه للمؤمن له. لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية^(٢) بأن نص الفقرة الأولى من المادة (L.121-12) من تقيين التأمين " تهدف إلى الوقاية من النتائج التعسفية للحوالة الاتفاقية للحقوق والتي تتعدى آثار الحلول ويمكن أن تضر بالدائن المحيل، وبأن القيود القانونية على ممارسة الحلول المستوحاة من حماية المؤمن له من النظام العام " .

غير أن محكمة النقض قد عادت عن هذا الرأي عندما أعلنت حديثاً بأن تلك النصوص ليست أمرة. وكان غرضها من هذا الرأي الجديد تأكيد حق المؤمن في التأمين على الأشياء في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر بموجب قواعد الحلول الإتفاقي، التي ليس من شأنها الإضرار بالمؤمن له، لأنها تؤدي إلى نفس نتائج الحلول القانوني^(٣). كما أنها يمكن أن تكون ذات فائدة واضحة للمؤمن، عندما يغلق أمامه باب الرجوع بموجب قواعد الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة (L.121-12) المشار إليها أعلاه^(٤). على أن صيغة حكم محكمة النقض الفرنسية من العموم بمكان، بحيث يمكن أن تتجاوز حدود الحلول الإتفاقي لتشمل حوالة الحق، والتي كما أشرنا سابقاً، قد لا تلائم مصلحة المؤمن له، على

(١) Cass. Civ. 5 mars 1945, D., 1946, 1, note A. Besson, Gr. Arr. Dr. ass, p. 21.

(٢) Cass. Civ. 1^{re}, 9 déc 1997, cité par, Berr et Groutel, op. cit, p. 110.

(٣) Berr et Groutel, Op. cit, p 110; Cass Civ. 1^{re}, 19 déc. 1990, RGAT, 1990, p. 107, note.

(٤) Catherine Chuilé. Assurance de dommages, Encyclopédie Dalloz, Civil T2, p. 23.

عكس قواعد 'الحلول بشقيها القانوني والإتفاقي'⁽¹⁾. كما أن القضاء الفرنسي الحديث قد أقرّ للمؤمن بالحق في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر بالاستناد مباشرة لنص المادة (3-1251) من قانونه المدني، مما يسمح له بالرجوع على الغير وتحمله العبء النهائي للدين وإن لم تثبت للمؤمن له دعوى المسؤولية تجاه هذا الغير⁽²⁾.

المبحث الثاني

نطاق الحق في الرجوع

للحق في الرجوع نطاق يتحدد موضوعياً بحسب محل التأمين، وشخصياً بحسب الأشخاص الذين يمكن الرجوع عليهم.

أولاً : - نطاق الحق في الرجوع من حيث الموضوع : -

٩ - يمتد الحق في الرجوع ليشمل التأمين من الأضرار، سواء ما تعلق منها بالتأمين على الأشياء، أو التأمين من المسؤولية. ففي هذا النوع الأخير من التأمين يمكن أن لا يكون المؤمن له المسئول الوحيد عن الضرر، فقد يشترك معه في المسؤولية شخص من الغير، وفي هذه الحالة إذا ألزم المؤمن بدفع كامل التعويض بسبب الالتزام التضامني الذي يقع على عاتق المؤمن له، فله الحق في الرجوع على الغير الشريك في المسؤولية⁽³⁾.

١٠ - ولكن الحق في الرجوع لا يمتد ليشمل التأمين على الأشخاص، والعلة في ذلك أن مبلغ التأمين فيها ينفق للصفة التعويضية، فهو مبلغ جزافي غير محدد بالنظر إلى حقيقة الضرر الذي تعرض له المؤمن له، بل أنه قد يدفع إلى المستفيد المحدد في العقد دون أن يكون قد أصابه ضرر يذكر. لذلك لا مانع من أن يجمع المؤمن له أو المستفيد مبلغ التأمين الذي يحصل عليه من المؤمن لقاء أقساط التأمين مع مبلغ التعويض الذي يرجع به على محدث الضرر. وليس في ذلك ما يخالف مبدأ التعويض الكامل للضرر، فهذا المبدأ يمنع أن يحصل المضرور على تعويض يزيد عن حقيقة الضرر الذي أصابه، ولا يمنع أن يحصل المضرور، وبمناسبة الضرر، على مبالغ أخرى مصدرها عقد التأمين الذي احتاط المؤمن أن يبرمه ضماناً له أو للمستفيدين⁽⁴⁾.

(1) Berr et Groutel. Op. cit, p. 23.

(2) Caillé, op. cit.

(3) Berr et Groutel. op. cit, p. 110.

(4) عدنان سرخان، الضرر وتعويضه، مرجع سابق، ص ١٠١.

ولتحقيق هذه النتيجة، منع المؤمن في تأمين الأشخاص من الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر. ففي التأمين على الحياة مثلاً نصت المادة (١٠٥٣) من قانون المعاملات المدنية على أنه : " إذا دفع المؤمن في التأمين على الحياة مبلغ التأمين فليس له الحق في الحل محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل المتسبب في الحادث المؤمن منه أو المسؤول عنه ".

١١ - على أنه ما دام أن الرجوع بموجب قواعد الحل يعتمد على الصفة التعويضية للتأمين، فإنه في العقود التي تضمن تعويض الضرر الناجم عن الاعتداء على الأشخاص، من حق المؤمن الحل في حقوق المتعاقد أو ورثته ضد الغير المسؤول عن الضرر، وذلك لغرض استرداد ما دفعه المؤمن من مبالغ يقررها العقد وذات صفة تعويضية^(١). ويكون هذه المبالغ محددة سلفاً وقبل وقوع الحادثة المؤمن منها لا يشكل عائقاً أمام أن يضفي أطراف العلاقة على هذه المبالغ، عند وجود الغير المسؤول، صفة دفعات أولى من التعويض وإخضاعها لرجوع المؤمن بموجب قواعد الحل^(٢). ففي نظام التأمين المباشر الذي بدأ يأخذ حده في سوق التأمين في وقتنا الحاضر، فإن مؤمن المضرور هو أحد المتكفلين الذين يتحملون عبء تبسيط عمليات التعويض. فهو ينطلي المضرور بالكامل عندما لا تكون هناك إمكانية التحرك ضد الغير المسؤول أو مؤمنه، وهو مدعو لتقديم دفعات أولية من التعويض إن كانت إمكانية الرجوع متوافرة. ففي هذا الفرض الأخير يلعب الرجوع بموجب نظام الحل دوره الأوسع، فهو يشكل العلاقة أو الرابطة بين مؤمن المضرور ومؤمن المسؤول عن الضرر^(٣).

ثانياً : - نطاق الحق في الرجوع من حيث الأشخاص : -

١٢ - بمعزل عن الشروط الواجب توافرها لممارسة الحق في الرجوع، فإن لهذا الحق نطاق محدود من حيث الأشخاص. فقد نصت المادة (L.121-12, a1.3) من قانون التأمين الفرنسي على أنه : " ليس للمؤمن الحق في الرجوع على أبناء، فروع، أصول، من له رابطة قرابة مباشرة، تابعي، مستخدم، عمال وخدم، وبشكل عام كل شخص يعيش عادة في مسكن المؤمن له... ".

كما جاء في المادة (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه : " يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر... ما لم يكن من أحدث الضرر... "

^(١) انظر البعده (L. 131-2, a1. 2) من تقييد التامين الفرنسي.

^(٢) Berr et Groutel, op. cit. p. 110, cass. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1998.

^(٣) Le Tourneau et Cadiet. op. cit, N° 2753. p. 694.

من أصول وفروع المؤمن له أو من أزواجه أو من يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسؤولاً عن أفعاله...".

١ - المستفيدون من الحصانة ضد الرجوع :

١٣ - يستخلص مما تقدم أن هناك ثلاث فئات من الأشخاص المستثنين من الخضوع لرجوع المؤمن. الفئة الأولى هي فئة الأقارب (القروء والأصول وغيرهم ممن لهم علاقة قرابة مباشرة بالمؤمن له)، والثانية هي فئة من يعتمدون اقتصادياً على المؤمن له (التابعون، المستخدمون، الخدم) وعموم من يسأل المؤمن له عن أفعاله، أما الفئة الثالثة فهم من يشاطرون المؤمن له معيشة واحدة^(١).

وقد جاء هذا الاستثناء في القانون الفرنسي تكريساً لما جرى عليه العمل قبل صدور قانون التأمين لعام ١٩٣٠م، فقد اعتاد المؤمنون التنازل بشرط في العقد عن حقهم في الرجوع على مثل هؤلاء الأشخاص.

والباحث على هذا الاستثناء يستند إلى افتراض أن المؤمن له، وبحكم علاقته بهؤلاء الأشخاص، من المحتمل أن لا يرجع عليهم بالتعويض عن الضرر الذي الحقوه به. وإذا كان المؤمن له قد تنازل عن دعواه ضد هؤلاء، فكيف يمكنه نقل هذه الدعوى وما يترتب عليها من حق الرجوع إلى المؤمن؟ كما أنه ومن الناحية العملية قد يفضل المؤمن له في الغالب التخلي عن مطالبة المؤمن بالضمان إذا كان يخشى ممارسة الأخير لدعوى الرجوع ضد أحد هؤلاء. ومن المهم الإشارة هنا إلى النصوص التي تقر هذا الاستثناء هي نصوص أمرة لا تقبل أي اتفاق مخالف^(٢).

١٤ - وفي تحديد الأشخاص المستثنين من الحق في الرجوع لا بد من ملاحظة أن أشخاص الفئتين الأولى والثانية لا يمكن الرجوع عليهم سواء أكانوا يقيمون مع المؤمن له أو استقلوا في الإقامة بسكن منفصل. أما أشخاص الفئة الثالثة، فهم مستثون، أي كانت صفتهم من الرجوع عليهم ماداموا أنهم يتقاسمون مع المؤمن له معيشة واحدة^(٣)، وقد توسعت محكمة النقض الفرنسية في معنى السكن الواحد أو المعيشة الواحدة ليشمل المدرسة الثانوية بالنسبة لطلبة القسم الداخلي فيها^(٤). وقد انتقد جانب من الفقه^(٥) هذا الاتجاه على أساس أنه

^(١) G. VINEY, La responsabilité : Effets, L.G.D.J., 1988, N° 432, p. 558.

^(٢) Viney, op. cit, p. 558; Caillé, op. cit, N° 124, p. 25. Le Tourneau et Cadet, op. cit, p. 695; cass. civ. 1^{re} 6 juin 1990, RGAT, 1990, p. 571, note. Margeat et Landel.

^(٣) Cass. Civ. 28 oct. 1947, D. 1948, p. 13, not P.L.P, J.C.P 1948. II, N° 4146, note A. Besson.

^(٤) Cass. Civ. 1^{re}, 2 juill. 1991, Bull. Civ. I, N° 224; RGAT, 1991, p. 587, note R. Maurice; H. Croutel, Menaces sur la subrogation de l'assureur, Res. civ. et ass. 1991, Chron. 27.

^(٥) Caillé, op. cit, p. 25.

يطبق فكرة المعيشة الواحدة في العلاقة بين شخص طبيعي (الطالب الداخلي) وشخص معنوي (المؤسسة التعليمية)، وفي ذلك ما يتعارض مع الباعث الذي قام عليه هذا الاستثناء من حق الرجوع، ذلك أنه فقط عندما يكون المؤمن له شخصاً طبيعياً يكون من المتصور أن يتخلى عن حقه في الرجوع على من يعيشون معه تحت سقف واحد.

١٥ - كما يلاحظ أخيراً أن قائمة المستفيدين من الحصانة ضد الرجوع مغلقة. لذلك ذهب القضاء الفرنسي^(١) إلى أن الاستفادة من الحصانة لا تمتد إلى مؤمن أي من الأشخاص المتمتعين بها. فلو كان المتسبب في الضرر مؤمناً من مسؤوليته تجاه الغير، فإن مؤمن المضرور ويعد تعويضه، إن كان لا يستطيع الرجوع على المتسبب في الضرر لأنه من المستثنين من الحق في الرجوع فإنه يستطيع الرجوع بما دفع على مؤمن هذا الأخير. فالحصانة القانونية ذات طابع شخصي محض، وعليه لا يمكن أن يتمتع بها غير الأشخاص المشار إليهم في النص^(٢).

٢ - حدود الحصانة من الرجوع :

١٦ - بعد أن عدت النصوص المنظمة للحصانة من الرجوع الأشخاص المستفيدين منها، عادت لتفتح الباب للمؤمن للرجوع على أي من هؤلاء إذا سبب ضرراً للمؤمن له مع توافر نية الإيذاء لديه (Malveillance) حسب تعبير القانون الفرنسي^(٣)، أو إذا كان قد تعدد إحداث الضرر بحسب تعبير القانون الإماراتي^(٤).

وقد فسر القضاء الفرنسي تعبير (Malveillance) على نحو دقيق، بأنه قصد إحداث الضرر، وهو ما يجعله متطابقاً مع الخطأ العمدي، ومن تطبيقات ذلك أمام القضاء الفرنسي الحريق الذي تعددت البتت إشعاله في البناء المملوك لأهله.

١٧ - وبخصوص التأمين من المسؤولية، إذا كان المؤمن له هو المسؤول مدنياً عن مرتكب الفعل العمدي الذي سبب ضرراً للغير، طرح التساؤل هل أن العمد أو نية الإضرار يجب أن تكون موجّهة للمؤمن له أم للمضرور؟

كانت محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت في حكم لها صدر في ٥/يناير/١٩٧٠^(٥) إلى أن أي تعدد لإحداث الضرر يمثل (Malveillance) في مفهوم المادة (L. 121-12) من قانون التأمين الفرنسي، أي أن كان الشخص المقصود بهذا التعمد، على أنها رجعت عن هذا

^(١) Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 1993, D. 1994, p. 235, note B. Beignier; RGAT, 1994, p. 120, note F. Vincent.

^(٢) Le Tourneau et Cadiet, op. cit., p. 695, cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 1993, D. 1994 p. 235, note B. Beignier.
^(٣) المادة (L. 121-12, al. 3) من نكتين التأمين الفرنسي.

^(٤) المادة (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

^(٥) RGAT, 1970, p. 186.

التعميم لتقرر في حكمها الصادر في ٦/مارس/١٩٨٥^(١)، بأن هذا المفهوم يجب أن يقتصر على حالة نية الأضرار الموجهة للمؤمن له فقط. وفي هذا ما يؤدي غالباً إلى تعطيل حق المؤمن في الرجوع^(٢).

على أن هذا الوضع يؤدي أيضاً إلى نتيجة غير مقنعة، فهو يعني بقاء من أحدث الضرر بفعله العمدي بعيداً عن أي جزاء مدني، إذا ما اختار المضرور الرجوع على المسؤول مدنياً عن محدث الضرر، وكان الأخير قد أمن من مسؤوليته^(٣). ولاشك أن هذه إحدى الثغرات التي تحيق تقويم السلوك الخاطئ.

* الحصانة الاتفاقية :

١٨ - ليس هناك ما يمنع من اتفاق المؤمن مع المؤمن له عند التعاقد وبشرط في وثيقة التأمين على تنازل الأول عن حقه في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر، وإن كانت مسؤوليته تقصيرية. كما يمكن أن يتنازل المؤمن له عن حقه في الرجوع أيضاً. على أن هذا التنازل، سواء جاء من المؤمن أو المؤمن له، شخصي يقتصر أثره على العلاقة مع الغير محدث الضرر، وبالتالي لا يستفيد منه الغير ومنهم مؤمن محدث الضرر. وقد أيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية حاسمة بذلك خلافاً لفتياً بين مؤيد ومعارض، فقد ذهبت إلى أن : " شرط التنازل عن الرجوع على الشخص المسؤول عن الضرر والذي تضمنه عقد التأمين، لا يعني ما لم يوجد اتفاق مخالف، التنازل عن الرجوع على مؤمن هذا الشخص^(٤) ".

وتجدر الإشارة إلى أن المؤمن له إذا تنازل عن حقه في الرجوع على المسؤول عن الضرر ومؤمنه، دون الاتفاق على ذلك مع مؤمنه هو، فإنه يُضيق بذلك على الأخير الحق في الحلول، ويُحرّم من الحق في الضمان، طبقاً للمادة (L.121-12, al.2) من قانون التأمين.

^(١) Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 1985, D. 1986, p.29 note C. Berr et H. Groutel; J.C.P. 1985, II, 20502, note Y.R; Cass. Ass. Plén. 13 nov. 1987, Bull. Civ., 1987, N° 5, Gaz. Pal. 1988, 1, 120, note H. Margeat et J. Landel.

^(٢) Berr et Groutel, Droit des assurances, op. cit, p. 111.

^(٣) Cnillé, op. cit, p. 27.

^(٤) Cass. Civ. 1^{re}, 30 mai 1995, RGAT, 1995, p. 590, note F. Vincent.

المبحث الثالث

شروط الحق في الرجوع

يشترط لرجوع المؤمن على الغير والذي نظمته المادتان (12-121م) من تقنين التأمين الفرنسي و (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي شرطان وهما :

أولاً : دفع المؤمن لمبلغ الضمان : -

١٩ - حتى يستفيد المؤمن من الحق في الرجوع، يجب أن يكون أولاً قد دفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو للمستفيد. ويتفق هذا مع حرفية نص المادتين أعلاه، فالرجوع يخص المؤمن الذي دفع مبلغ التأمين " يقرر النص الفرنسي، وهو " يجوز للمؤمن...بما دفعه من ضمان عن الضرر "، كما جاء في النص الإماراتي. كما أنه يتفق مع قواعد الحلول القانوني الذي يقوم عليه حق الرجوع، فدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو للمستفيد هو الذي يكف يده عن الغير يحدث الضرر ويسحب حقوقه تجاهه لحيل المؤمن محله في هذه الحقوق^(١).

٢٠ - والشرط المتعلق بالدفع هو شرط مزدوج : فهو يفترض أولاً التزام المؤمن بدفع الضمان وثانياً أنه قد دفعه فعلاً. لذلك لا يوجد الرجوع الاستبدادي إبي بقواعد الحلول إذا كان المؤمن قد دفع ضماناً لا يلزم بدفعه أبداً كان سبب ذلك^(١). وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد إلى أن المبادرة التجارية من المؤمن في دفع ما هو غير ملزم بدفعه تعد تضحية حقيقية منه^(٢).

من جانب آخر فإن الرجوع الاستبدالي لا يوجد ما لم يكن المؤمن قد دفع الضمان. بناء عليه رفضت محكمة النقض الفرنسية من المؤمن، الذي طالبه المتضرر بالضمان، إمكانية أن يطالب بالضمان الشريك في إحداث الضرر ومؤمنه، لأن في ذلك ما يؤدي إلى حلول مبسر⁽⁴⁾. على أية حال لا يشترط أن يكون دفع الضمان قد تم للمؤمن له، بل أن ذمة المؤمن تبرأ لو تم الوفاء لوكيل المؤمن له أو الغير، كالمضروب أو الشخص الذي يتولى إصلاح الشيء الذي تعرض للضرر⁽⁵⁾. ولكن يجب على المؤمن أن يثبت تمام الدفع، وغالباً ما يتم ذلك بواسطة مخالصة يحصل عليها من الموفي له.

(1) *Berr et Groulet, op. cit.*, p. 111; *Caillé. Op. cit.*, p. 23, ٢٤٦ رقم. نقض مني رقم ١٤ في جلسة ١٩٩٢/١٦/١٦، المحكمة الاتحادية العليا، محمد محمود المحاسي، قضاء النقض في دولة الإمارات العربية المتحدة خلال خمسة عشر عاماً ١٩٨٠-١٩٩٥، النشر: للنشر، الطبعة: القاهرة، ط ٤، ١٩٩٧، ص ٤٩٤.

(2) LeTourneau et Cadiet, *op. cit.*, N° 2756, p.696.

⁽³⁾ Cass. Civ. 1^{re}, 23 mars 1999, RGDA, 1999, p. 618, note J. Kullmann.

(4) Caillé, op. cit. N° 136, p. 23.

(5) Cass. Civ. 1^{re}, 6 Janv. 1981, RGAT, 1981, P. 509, note A. Besson; 2 fév. 1994, p. 534, note, R. Maurice.

٢١ - ورغم صرامة هذا الشرط، فإن ذلك لم يمنع القضاء من محاولة تيسير -عوى المؤمن عند رجوعه على الغير المسئول عن الضرر. فاشتراط الدفع المسبق لممارسة دعوى الرجوع قد يكون مزعجاً للمؤمن وذلك عندما تخضع هذه الدعوى للتقادم بمدة قصيرة لا تفسح المجال أمام المؤمن لإتمام الدفع قبل الرجوع. وقد دفع ذلك محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه : " تُعد مقبولة دعوى المؤمن التي يرفعها قبل انقضاء مدة التقادم العشري ضد المسئولين عن الأضرار التي يلتزم بضمانها، رغم أنه عند تقديم دعواه لم يتمتع بعد بصفة الحال (Subrogé) محل المؤمن له لأنه لم يدفع له الضمان بعد، مادام أنه قد دفع الضمان المستحق للأخير قبل أن يبت القاضي في الدعوى^(١) ". والنتيجة المترتبة على هذا القضاء أن المؤمن يستطيع ممارسة حقه في الرجوع رغم أن مدة تقادم دعوى الرجوع على المسئول عن الضرر قد انقضت^(٢).

ثانياً : وجود شخص من الغير مسئول عن الضرر : -

٢٢ - حق المؤمن في الرجوع يتوقف على وجود شخص من الغير، أي شخص لا يحمل صفة المؤمن له، يقف بفعله وراء الضرر. ولا يهم بعد ذلك أن يكون دين المؤمن تجاه المؤمن له أو المستفيد ودين الغير الذي يمارس ضده الرجوع من طبيعة واحدة أم مختلفة. فقد يكون أحدهما مسئولاً عقدياً والآخر مسئولاً تقصيرياً^(٣)، ويمكن أن يسأل أحدهما على أساس خطئه في حين يسأل الآخر بموجب نظام للمسئولية غير الخطئية^(٤). كما قد تكون مسئولية أحدهما مدنية في حين يسأل الآخر بموجب مبادئ المسئولية الإدارية^(٥).

والخير يمكن أيضاً أن يكون في القانون الفرنسي ضامناً لمحدث الضرر أو واحداً ممن يسأل المؤمن له عنهم مدنياً^(٦)، بشرط أن لا يكون من المتمتعين بالحصانة من الرجوع، على التفصيل الذي سبق بحثه.

^(١) Cass. Civ. 1^{re}, 18 juin 1985, D. 1986, IR, p. 99, obs. C.I.J Berr et H. Groulet; Cnss. Civ. 1^{re}, 29 mars 2000, Rdimm. 2000, p. 364, obs. G. Lesguay, Cass. Civ. 1^{re} 9 oct. 2001, www.dalloz.fr, rubrique actualité

^(٢) LeTourneau et Cadieu, op. cit, N° 2756, p. 696.

^(٣) Cass. Civ. 1^{re}, 27 fév. 1990, RGAT, 1990, p. 334. note R Maurice; Cass. Civ. 1^{re}, 2 juin 1987, RGAT, 1987, p. 408.

^(٤) Cass. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1982, RGAT, 1984, p.31; cass civ. 1^{re}, 25 nov. 1992, RGAT, 1993, p. 102. note R Maurice.

^(٥) C.E., 22 nov. 1985, RGAT, 1986, p. 374.

^(٦) Viney, op. cit. N° 411, p. 557

• حكم تخلف أحد الشرطين :

٢٣ - إذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين، فإن المؤمن لن يستطيع الرجوع على الغير بموجب قواعد الحلول. على أن تخلف هذا الشرط إذا كان منسوباً للمؤمن له، فإنه يعفى المؤمن، كلياً أو جزئياً، من مسؤوليته تجاهه^(١).

ومن أمثلة ذلك تصالح المؤمن له مع الغير المسؤول ومؤمنه^(٢)، وفي هذا الفرض يستطيع المؤمن استرداد مبالغ الضمان التي دفعها من المؤمن له، وذلك بدعوى تجد أساسها في عقد التأمين، وبالتالي تتقدم بمرور سنتين في القانون الفرنسي وثلاث سنوات في القانون الإماراتي، ويبدأ سريانها من اليوم الذي يعلم فيه المؤمن بالواقعة التي جعلت الرجوع بموجب قواعد الحلول مستحياً^(٣).

٢٤ - وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن المؤمن، إذا لم يستطع الرجوع بموجب قواعد الحلول القانوني، فمن حقه إثبات وجود حلول اتفاقي^(٤). وهنا تلعب المخالصة التي يحصل عليها المؤمن من المؤمن له دوراً مزدوجاً، فهي من ناحية دليل لإثبات دفع الأول لمبلغ التأمين، وهو شرط للحلول القانوني، كما أنها تسمح من ناحية أخرى بالتراضي على الحلول الاتفاقي. غير أن هذا لا يكفي لممارسة المخالصة لهذا الدور الأخير، بل يجب أيضاً إثبات المعاصرة بين دفع مبلغ الضمان والاتفاق على الحلول^(٥).

المبحث الرابع

مدى الحق في الرجوع

بموجب المادتين (L.121-12) من تكتين التأمين الفرنسي، و (١٠٣٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، يحل المؤمن محل المؤمن له في حقوقه وفي الدعاوى التي تكون له قبل التسبب في الضرر.

^(١) المادة (L.121-12) من تكتين التأمين الفرنسي.

^(٢) Cass. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, RGDA, 1995, p. 903, note F. Vincent

^(٣) المادة (١٠٣٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
V. aussi, cass. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, Res. civ. et ass. 1995, comm., p. 381; Le Tourneau et Cadiet, op. cit., N° 2757, p. 697.

^(٤) Cass. Civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, Res. civ. et ass. 1998, N° 107; v. aussi, H. Groutel, Subrogation légale et subrogation conventionnelle, Res. civ. et ass. 1998, chron. N° 5.

^(٥) Cass. Civ. 1^{re}, 23 mars 1999, RGDA, 1999, p. 618, note J. Kullmann; Viney, op. cit., No 433, p. 559; Le Tourneau et Cadiet op. cit., p. 697.

وهذا الحلول الذي يتم بقوة القانون يوجب على المؤمن ممارسة الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول عن الضرر. بذات الأشكال ونفس المدد التي يخضع لها المؤمن له. والمؤمن بإمكانه أن يحصل من هذه الدعاوى على ذات الفوائد التي بإمكان المؤمن له أن ينتظرها منها، ولكنه لا يستطيع أن يلقي على عاتقه جزءاً من التعويض^(١).

٢٦ - على أن هذا الحلول يقتصر على مدى التزامات المؤمن العقدية. فهو لا يستطيع أن يرجع على الغير المتسبب في الضرر إلا في حدود ما دفعه فعلاً من ضمان للمؤمن له، أو لهم إن تعددوا، فليس من حق المؤمن الرجوع على الغير بفوائد المبالغ التي دفعها، ولا نفقات إدارة ملف التأمين^(٢). فخصوصية الحلول أنه مرتبط جداً بالدفع، فلا محل له ما لم يتم الدفع فعلاً، وفي حدود ما تم دفعه^(٣). فإن كان مبلغ الضمان لا يغطي مدى الضرر الذي تعرض له المؤمن له، احتفظ الأخير بدعواه ضد الغير للمطالبة بالزيادة. ومثل هذا الأمر يقع كثيراً في العمل بسبب أنه في كثير من الأحيان يوجد سقف أعلى لمبلغ الضمان الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له. ويسمح هذا بتنافس المؤمن والمؤمن له في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر.

٢٧ - ومنذ حكم محكمة النقض الفرنسية في ٥/مارس/١٩٤٥^(٤)، فقد أجمع القضاء الفرنسي على إعطاء المؤمن له أولوية في الاستيفاء على المؤمن، على أن الغرفة الثانية للمحكمة قد ذهبت في حكم حديث إلى إعطاء الأولوية للمؤمن^(٥).

٢٨ - وتجدد الملاحظة بأن المؤمن لا يستطيع أن يطالب الغير بمبلغ يزيد عن حدود مسؤوليته عن الضرر. وهذا القيد يسمح للغير بأن يدفع رجوع المؤمن بكل الاستثناءات التي يمكن أن يحتج بها تجاه المؤمن له. فهو يستطيع أن يدفع بتوزيع المسؤولية بينه وبين المضرور نفسه بسبب خطأ هذا الأخير^(٦)، أو بالشروط المخففة للمسئولية في النطاق العقدي، أو بقوة القضية المقضية بموجب حكم قضائي سابق بين الغير والمؤمن له، أو التسوية أو الصلح الذي من نتيجته حرمان المؤمن له من أية مطالبة تجاه الغير ومؤمنه. متى ما تمت قبل الحلول، فالمخالصة التي يزود المؤمن له المؤمن بها عند دفع مبلغ الضمان، لن تسمح للأخير بالحلول في حقوق غير موجودة أصلاً.

^(١) Le Tournenu et Cadiet, op cit, no 2758, p. 697; cass. civ. 1er. 12 juin 1990. RGAT, 1990, p. 640, note J. Kullmann.

^(٢) Cass. Civ. 1er. 9 juill. 1985, Bull. Civ. 1, no 213.

^(٣) Viney. Op. cit. no 436, p. 562.

^(٤) Cass. Civ., 5 mars 1945, RGAT, p. 21.

^(٥) Cass. Civ. 2e, 14 janv. 1999, cité par Berr et Grouel, op. cit. p. 112.

^(٦) Viney, op. cit. p. 562; cass. civ. 1er, 24 mars 1972, RGAT, 1972, p. 213, note A.Besson; caillé, op cit. p. 24.

على أية حال فإن دفع الغير المتسبب في الضرر للتعويض إلى المؤمن له مباشرة، لا يمكن الاحتجاج به تجاه المؤمن، ما لم يكن الغير حسن النية يجهل وجود التأمين أو يجهل دفع المؤمن لمبلغ الضمان للمؤمن له.

٢٩ - وفي الختام، فإن المؤمن إذا كان محل محل المؤمن له في الدعوى، فهو محل في الدعوى التي للأخير قبل الغير الذي يتحمل العبء النهائي للدين. فهو لا يستطيع أن يمارس بدلاً عن المؤمن له دعوى أخرى يملكها قبل أشخاص آخرين، فلا يستطيع مثلاً ممارسة دعوى مطالبة الحائز حسن النية برد الشيء المسروق^(١) المؤمن عليه.

^(١) Cass Civ. 1er. 19 janv 1994, RGAT, 1994, p. 527, note L.Mayaux.

الخاتمة :

بعد أن وصلنا بهذا البحث إلى نهايته، يمكننا أن نبدي الملاحظات التالية : -

١ - أن الصفة التعويضية للتأمين تكف حائلاً أمام إثراء المؤمن له عن طريق الجمع بين مبلغ الضمان الذي يحصل عليه من المؤمن ومبلغ التعويض الذي يدفعه له محدث الضرر. فالمضرور لا يستطيع أن يحصل على سبيل التعويض أكثر مما يغطي كامل الضرر الذي أصابه.

٢ - من جانب آخر فإن منع الرجوع على محدث الضرر يُحصّن هذا الأخير من تحمل نتائج سلوكه الضار بالغير، فيخل ذلك بهدف أساليب للمسئولية عموماً ألا وهو تقويم سلوك مرتكب الفعل الضار وردع غيره عن إتيان مثل هذا السلوك الخاطي.

٣ - وللتوفيق بين هذين المبدأين المتعارضين، كان الحل الذي تبنته مختلف الأنظمة التشريعية في العالم والذي يكمن في إعطاء المؤمن الحق في الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر بما دفعه للمؤمن له أو المضرور. وقد أقام القانون الفرنسي والإماراتي هذا الرجوع على فكرة الحلول القانوني.

٤ - كما قبل القانون الفرنسي أيضاً الرجوع بموجب قواعد الحلول الإتفاقي بشروطه المنصوص عليها بقاعدة عامة في هذا القانون. وهذا أمر لا يمكن الأخذ به في القانون الإماراتي لعدم تنظيمه لقواعد الحلول الإتفاقي أو حتى ما يقرب منه، أي حوالة الحق.

٥ - على أن للرجوع بموجب قواعد الحلول نطاقاً محدوداً : فمن حيث الموضوع يخص الرجوع التأمين من الأضرار، سواء ما تعلق منها بتأمين الأشياء أو التأمين من المسؤولية، ولا يشمل التأمين على الأشخاص وذلك لافتقار مبلغ التأمين فيه للصفة التعويضية، مما يسمح بالجمع بينه وبين التعويض المستحق في نمة محدث الضرر دون أن يتعارض ذلك مع مبدأ التعويض الكامل للضرر. ومن حيث الأشخاص، فقد وفر القانون حصانة لبعض الأشخاص من رجوع المؤمن، وهم من يرتبطون بالمؤمن له برابطة القرابة المباشرة كأصوله وفروعه، ومن يعتمدون عليه اقتصادياً، كالتابعين والخدم، ومن يتقاسمون معه معيشة مشتركة، وعلة ذلك قرينة عدم ممارسة المؤمن له نفسه الرجوع على أي من هؤلاء، فكيف بالمؤمن الذي يحل محله في حقوقه.

٦ - ويقتضي الحق في الرجوع أن يكون المؤمن قد دفع مبلغ التأمين فعلاً للمؤمن له أو المضرور فالحلول على علاقة وثيقة جداً بسبق الدفع فلا حلول ما لم يكن المؤمن قد وفى بالتزامه تجاه المؤمن له فعلاً. كما يقتضي الرجوع أيضاً وجود شخص من الغير مسئول عن الضرر وغير داخل في فئة المستثنين من رجوع المؤمن.

٧ - وعلى أية حال، فالمؤمن لا يستطيع أن يرجع على الغير المسئول عن الضرر، إلا في حدود ما دفعه للمؤمن له أو المضرور، وفي حدود مسؤولية الغير أيضاً، فعند توزيع المسؤولية بين الأخير والمضرور مثلاً، فلا يمكن الرجوع على الغير إلا في حدود الجزء الذي يتحمله من المسؤولية.

نظام الجات لمكافحة الاغراق غير المشروع بالسلع الأجنبية

أ.و. مصطفى سلامة

عميد كلية حقوق الاسكندرية

نظام الجات لمكافحة الاغراق غير المشروع بالسلع الأجنبية

=====

يعد الخامس عشر من ابريل نيسان عام ١٩٩٤ من اهم ايام النصف الاخير من القرن العشرين ففي ذلك اليوم تم التوقيع على اتفاقية مراكش لانشاء منظمة التجارة العالمية وملاحقتها المتعددة ان هذه الاتفاقية بملاحقها المختلفة ، التي تم انجازها بعد مفاوضات طويلة وعسيرة (دورة أورجواي) جاءت لتؤسس تنظيما دوليا وشاملا للتجارة الدولية .

فمن ناحية تضم المنظمة في عضويتها اكثر من مائة وثلاثين دولة ، ومن ناحية اخرى تغطي ملاحق اتفاقية مراكش مجمل التجارة الدولية من سلع وخدمات وحقوق ملكية فكرية . ولم يقتصر الامر على شمول كل هذه القطاعات بالتنظيم ؛ بل تعداه إلى وضع قواعد لفض المنازعات التي تنشأ بشأن تطبيق الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا النطاق . ان كل ما تقدم ليس الا مرحلة هامة ومتطورة في مسيرة اتفاق الجات لعام ١٩٩٧ .

وتتمحور نصوص اتفاقية مراكش وملاحقها او ما يطلق عليه اتفاقات التجارة الجديدة حول هدف مشترك يتمثل في ضرورة تحقيق حرية التجارة الدولية . وهكذا ، فإن ديباجة اتفاقية مراكش قد بينت انه يلزم اقرار مبدأ المعاملة بالمثل بما يشمله من منح مزايا متبادلة لتحقيق خفض كبير للتعريفات وغيرها من الحواجز التجارية والقضاء على المعاملة التمييزية في العلاقات الدولية التجارية . وهكذا ، فإن ، الاتفاقات العامة لكل من التجارة في السلع ، والخدمات وحقوق الملكية الفكرية قد أوجبت

القضاء على أية معاملة تمييزية تتعلق بالتجارة الدولية من خلال سريان شرطى الدولة الأكثر رعاية ، و شرط المعاملة الوطنية . إن مؤدى شرط الدولة الأكثر رعاية انه فى حالة إبرام الطرف الآخر فى معاهدة معينة لمعاهدة أخرى لاحقة مع دولة ثالثة تتضمن معاملة أفضل من المعاملة المتفق عليها فى المعاهدة الأولى ، فإن اطرافها يستفيدون من المعاملة الأفضل التى تم تقريرها للغير لاحقاً . إن هذه الشروط مقترنة بشرط وجوب تطبيق المعاملة الوطنية لمواطن الدول الأخرى يؤكد بما لا يدع أى مجال للشك أن الهدف من انشاء منظمة التجارة العالمية العمل على تحقيق حرية التجارة الدولية بالقضاء على صور المعاملة التمييزية فيما يتعلق بانسياب التجارة الدولية .

وأخيراً ، فإن كل اتفاقيات التجارة سواء فى مجال السلع ، أو الخدمات ، أو الملكية الفكرية يجمع فيما بينهما اتجاه عام ومشترك يتمثل فى السعى نحو ازالة القيود والعوائق والحواجز التى من شأنها أن تمنع تدفع حركة التجارة عبر الدول . لا يقتصر الامر على مجرد حظر فرض القيود وما فى حكمها ، بل هناك اتجاه عام نحو تقييد أى استثناء يتم اقراره فى هذا الشأن سواء بالنسبة لنطاقه ، أو لمدة سريان ، أو بالنسبة للمستفيد منه ، حيث تقف اجهزة المنظمة لتمارس الرقابة الفعالة على أى اعفاء يقيّد من حركة التجارة الدولية .

أن تحرير التجارة الدولية أمر مطلوب ، حتى تتخصص كل دولة فى النشاط الأكثر تهيئاً له ، الامر الذى يقتضى انتهاء كل حاجز أو عائق للتبادل . ومثل هذا ، لا يمكن أن يتحقق إلا بالتنازلات المتبادلة التى تستند إلى ما تتمتع به كل دولة من مزايا نسبية فى سلعة أو خدمة أو مادة أو حق معين .

لذلك استهدف الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات)

G.A.T.T. حظر كل أوجه السلوك غير المشروع التي تهدف إلى المساس أو الانتفاف على قواعد حرية التجارة الدولية بتغيير الوضع المعتاد ، أو الحقيقي لسلعة من السلع ، ومحاولة القفز على التنافس الذي يقوم بين المنتجين من خلال المزايا النسبية التي يتمتع بها كل منتج مرفوضة . إن التحايل أو استخدام وسائل غير مشروعة للانتفاف على قواعد حرية التجارة الدولية ، بتغيير الوضع المعتاد أو الحقيقي لسلعة من السلع امر غير مقبول ، وغير مشروع .

ترتيا علي ما تقدم تم حظر ممارسة الاغراق غير المشروع للسلع الأجنبية في أسواق الدول المستوردة . ويقصد بالاغراق الوضع أو الحالة التي يكون فيها سعر السلعة المصدرة يقل عن قيمتها المعتادة عند تصديرها إلى دولة أخرى ، أو حيث تقل عن تكاليف انتاجها . فالاغراق يفترض قيام دولة بتصدير سلعة معينة وفقا لسعر يقل عن قيمته المعتادة أو يقل عن السعر المقابل لانتاج مماثل يباع في دولة التصدير . ولدى نشوء أو وجود الاغراق ، فإن للدولة المستوردة أن تواجه عملية الاغراق عن طريق فرض رسم معين لمكافحة أى لامتناس آثاره . إن ممارسة الاغراق تجئ لتحقيق غرض من اغراض متعددة أهمها : المحافظة على اسواق قائمة لسلعة أجنبية ، أو لتحقيق مركز احتكارى لهذه السلعة إثر اخراج المنافسين من السوق محل الاغراق ، أو للتخلص من فائض مخزون سلعة معينة أو لزيادة انتاج سلعة معينة بغية تخفيض تكاليف انتاجها . أو أخيرا لسعى من اجل فتح اسواق جديدة لمنتجات الدولة مصدر الاغراق .

إن تنظيم سياسية الاغراق تثير مسألة التوفيق بين حماية الدولة محل الاغراق الدولة المستوردة ، وعدم اساءة أو تكرار استخدام مثل هذه الدولة لرسوم مكافحة الاغراق ، بحيث تتحول إلى حماية مقنعة أو مبالغ فيها أو شاملة ، تصبح بمقتضاها قواعد التجارة الدولية بما تهدف إليه من

حرية غير قابلة للسريان أو للتحقق . لذا ، جاء التنظيم الدولي لمسألة الاغراق ومكافحته من خلال اقرار اتفاق بشأن تطبيق المادة السادسة من الجات ، والواردة فى اطار الملحق رقم واحد (أ) من اتفاقية مراكش ، والذى يتضمن نصوص الاتفاقيات متعددة الاطراف المتعلقة بتجارة السلع .

ويقتضى بيان معالم نظام الجات بشأن مكافحة الاغراق غير المشروع للسلع الاجنبية التعرض على التوالى للمسائل التالية : خصائص هذا النظام ، وعناصر الاغراق ، ونتائج ثبوته ، والضمانات العامة لاحترام القواعد الدولية فى هذا الشأن .

أولا - خصائص نظام الجات بشأن الاغراق

تعدد خصائص نظام الجات بشأن الاغراق على النحو التالى :

١- التحديد الدقيق للمسائل والعناصر محل التنظيم :

مقارنة بجات ١٩٤٧ ، فإن جات ١٩٩٤ يتميز بالتحديد الدقيق لمسائل وعناصر هامة لاعمال ، ومن ثم نجاح النظام المقرر فى هذا المجال . وهكذا تم التحديد الدقيق لكل من كيفية تقدير أسعار السلع المصدرة ، والمحلية ، وعناصر تقدير الاضرار التى تلحق بالدولة المستوردة . أن اهمية ذلك التحديد تتضح من خلال ادراك حقيقة أن هناك نظما متعددة لم تفلح فى تحقيق أهدافها ، واثبتت عدم فعاليتها نتيجة عدم تحديد عناصرها كنظام الدفاع الشرعى المنصوص عليه فى ميثاق الأمم المتحدة . فالتحديد الدقيق لعناصر أى نظام كفيل بتحقيق الفاعلية اللازمة لاعماله دون نقاعس أو تجاوز يؤثر على الغرض من انشائه .

٢- المجال التقديرى المتسع بالنسبة للدولة محل الاغراق :

فنظرا إلى أن دولة الاستيراد "محل الاغراق" هى الاقدر فى مجال

ادراك مدى وجود الاغراق ، وآثاره ، وخطورة الادعاء غير الحقيقي بوجوده ، ومع ما يترتب على ذلك من آثار ، فلقد منحها نظام الجات سلطة تقديرية بصدد مسائل متعددة أهمها : مدى ملائمة اجراء تحقيق بوجود الاغراق ، واختيار تدابير الرد من رسوم مؤقتة أو تعهدات سعة أو رسوم المكافحة ومدى استمراريتهما .. الخ .

٣- تعدد أطراف المشاركة في أعمال النظام :

فلا يقتصر تحريك النظام على دولة الاستيراد ، بل هناك شركاء لها في هذا الشأن : المصدرون - المنتجون - المحليون - المستهلكون . إن لكل طرف مصلحة في بيان مدى تأثيره بالادعاء بوجود الاغراق . لذا ، فإنه من الضروري مشاركتهم في اعمال وسريان قواعد نظام الجات.

٤- منح عناية خاصة للدول النامية :

برغم أنه بمقارنة جات ١٩٩٤ بجات ١٩٤٧ ، فإن المعالم التمييزية الممنوحة للدولة النامية تكاد تكون هامشية . وبرغم ذلك ، فإن نظام الجات بشأن الاغراق قد نص في المادة ١٥ على ضرورة أن تولي الدولة المتقدمة اهتماما خاصا لوضع الدول النامية عند بحثها لطلب اجراءات مكافحة الاغراق بمقتضى هذا الاتفاق . فيجرى بحث وسائل العلاج البناءة التي ينص عليها هذا الاتفاق قبل تطبيق رسوم مكافحة الاغراق حيثما كان من الممكن أن تؤثر على المصالح الاساسية للبلدان النامية الاعضاء . إلا انه يلاحظ أن هذه العناية لا تخرج عن كونها التزام ببذل عناية . فيكفى مجرد الاعراب عن وجود الاهتمام ، دون أن يترجم ذلك بأعمال ونتائج محددة .

٥- وجوب تطابق القوانين الداخلية للدول مع نظام الجات :

وهذا التزام عام وأساس يتفرع عن المادة ١٦ من اتفاقية مراكش حيث تنص على أن يعمل كل عضو على مطابقة قوانينه ولوائحه

واجراءاته الادارية مع التزاماته المنصوص عليها في الاتفاقات الملحقة" ومن هذه الاتفاقية اتفاقية التجارة فى السلع وما ورد فى إطارها بشأن اتفاق مكافحة الاغراق . لذا ، فان عدم التطابق بين تشريعات ونظم الدول اعضاء المنظمة وما ورد بنظام الجات يعد مخالفة لالتزامات دولية يترتب المسؤولية الدولية عليها ، ومن ثم يتضح المجال لاعمال ما تم النص عليه فى هذا الشأن . ويلاحظ أن الامر يتطلب اتخاذ تدابير ايجابية بالغاء أو تعديل التشريعات والنظم القائمة المتعارضة مع ما ورد فى نظام الجات من قواعد .

ثانيا - عناصر الاغراق

يقتضى اعمال النظام الذى أتت به اتفاقية الجات توافر فعل الاغراق الغير مشروع ، المقترن بحدوث ضرر ، والذى لابد فيه أن يكون ذا علاقة وثيقة وحتمية بالفعل المذكور .

١- الفعل غير مشروع "واقعة الاغراق" :

لابد من وجود اغراق ، لكى يتسنى اتخاذ تدابير لمكافحته . على انه لا يكفى وجود الاغراق فى حد ذاته بل لابد أن يتصف بعدم المشروعية والتي يمكن التحقق من وجودها لدى توافر مجموعة من الأسس التى تؤكد عدم المشروعية .

أ (فعل الاغراق :

ويتحقق إذا كان منتج ما قد تم ادخاله أى تصديره فى دولة ما بأقل من قيمته العادية ، إذا كان سعر تصدير المنتج المصدر من دولة إلى أخرى أقل من السعر المماثل ، فى مجرى التجارة العادية ، للمنتج المشابه حيث يوجه للاستهلاك فى دولة للتصدير . فالتصدير يتم بسعر أقل من

قيمته الحقيقية أو البعتادة حيث تعد واقعة كونه أقل من السعر المقابل لمنتج مماثل يباع في دولة التصدير كافية لتحقيق الاغراق . فالمعول عليه المقارنة بين الاسعار عدم ترجمة سعر التصدير للسعر الحقيقي ، والذي يستدل عليه من خلال ذلك الذي يتم البيع به في دولة التصدير ..

وقد أحسن واضعو اتفاق الجات صنعا ، بأن وضعوا تحديدا احتياطيا لدى عدم وجود مبيعات لمنتج مشابه في السوق المحلي للدولة المصدرة ، بأن يتم تحديد هامش الاغراق بالمقارنة بسعر مقابل لمنتج مشابه عند تصديره لدولة ثالثة ، بشرط أن يكون هذا السعر معبرا عن الواقع .

ب- فعل غير مشروع :

ليس كل اغراق على النحو السالف الذكر يعد اغراقا غير مشروع يسمح للدولة المستوردة للسلعة المصدرة اليها والمشمولة بالاغراق اتخاذ تدابير مقاومته ، بل لابد أن يتصف بعدم المشروعية من خلال وجود اغراق مؤثر متضمن لعناصر متعددة . وهكذا ، يعد اغراقا مشروعاً لا يتيح اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في اتفاق الجات ذلك الذي يتضمن هامش اغراق يقل عن نسبة "٢" في المائة من سعر التصدير . ويعتبر حجم واردات الاغراق قليل الشأن إذا كان حجم الواردات المغرقة من دولة معينة يقل عن "٣" في المائة من واردات الدولة المستوردة من المنتج المماثل ما لم تكن عدة دول يمثل كل منها اقل من "٣" في المائة من واردات العضو المستورد تمثل معا أكثر من "٧" في المائة من واردات الدولة المستوردة .

ج - أسس الحكم بعدم المشروعية :

وهي متعددة أهمها :

١- التقدير الحقيقي لحساب التكاليف للسلعة المغرقة . ويعتمد في هذا الصدد

- بالسجلات التى يحتفظ بها المصدر ، بشرط تطابقها مع مبادئ المحاسبة المقبولة عموماً فى الدولة المصدرة . ولا بد أن يعكس هذا التقدير بشكل معقول التكاليف المرتبطة بإنتاج وبيع المنتج محل النظر .
- ٢- الاعتراف بوقت معين كأساس للمقارنة بين سعر التصدير والقيمة الطبيعية له . فنتم المقارنة فى مرحلة أو مستوى ما قبل المصنع عادة وبالنسبة لمبيعات تمت فى نفس الفترة بقدر الامكان .
- ٣- تحديد القواعد الخاصة بسعر الصرف . فسعر الصرف لدى التحويل هو ذلك الذى يتم وقت البيع ، على أن يستخدم سعر الصرف الآجل حين يرتبط بيع عملة أجنبية فى سوق الأجل ارتباطاً مباشراً ببيع الصادرات . على أن سلطات دولة الاستيراد ، تسمح للمصدرين لدى قيامها بالتحقيق بـستين يوماً للمصدرين لتعديل اسعار تصديرهم لمواءمة التحركات المستمرة فى أسعار الصرف أثناء فترة التحقيق .
- ٤- الاعتراف بوجود دولة وسيطة فى عملية التصدير ، ومدى تأثير سعر السلعة المغرقة فى هذه الحالة .

٢- حدوث الضرر : نطاق المتسع :

لا يكفي وجود واقعة الاغراق غير المشروع إذ لابد أن تفرض إلى حدوث ضرر . ولم يترك واضعو اتفاقية جات ١٩٩٤ تقدير مدى حدوث الضرر لعناصر غير محددة ، بل أوردوا عنصرين هامين يتم لدى توافرها ثبوت الضرر . ويلاحظ بادئ ذى بدء أن مقتضى توافر العنصرين معاً اتساع نطاق الاعتراف بوجود الضرر على النحو التالى :

العنصر الاول - زيادة حجم الواردات :

ويتم التحقق منها فى ضوء كل من حجمها المطلق أو بالنسبة للإنتاج أو للاستهلاك فى الدولة المستوردة . ويراعى بالنسبة لتحديد السعر

وجود تخفيض كبير فى سعر الواردات المغرقة بالمقارنة بسعر المنتج المماثل فى الدولة المستوردة أو ما إذا كان من شأن هذه الواردات أن تؤدى بأى شكل اخر إلى تقليص الاسعار إلى حد كبير أو منع الاسعار من زيادات كانت ستحدث لولاها .

العنصر الأخير - الأثر اللاحق للواردات على المنتجين المحليين :

وهذا العنصر هو الأكثر أهمية ، الذى يحد من نطاق الضرر الذى يعتد به بشأن الاغراق . وهكذا ، فإنه يتم الاعتراف بالضرر الناتج عن الواردات المغرقة للصناعة المحلية من خلال تقييم كل العوامل والمؤشرات الاقتصادية ذات الصلة التى تؤثر على حالة الصناعة ، بما فيها الانخفاض الفعلى والمحتمل فى المبيعات أو الارباح أو الناتج أو النصيب من السوق أو الانتاجية أو عائد الاستثمار أو الاستغلال الامثل للطاقة والعوامل التى تؤثر على الاسعار المحلية ، وحجم هامش الاغراق والآثار السلبية الفعلية أو المحتملة على التدفق النقدى والمخزون والعمالة والاجور والنمو والقدرة على تجميع رؤوس الاموال أو الاستثمارات . ويظهر مدى اتساع نطاق الضرر المترتب على الاغراق ليس فقط فيما سبق بيانه ، ولكن من خلال الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى : انه وفقا لما جاء باتفاق الجات ، فإن القائمة السابق بيانها ليس جامعة ، أى انها جاءت على سبيل التمثيل وليست على سبيل الحصر . إذا يمكن اضافة عناصر أخرى لها .

الملاحظة الثانية : أنه لدى تجديد المقصود بالصناعة المحلية ، فإن هذا التعبير يشير إلى المنتجين المحليين للمنتجات المماثلة فى مجموعهم أو الذين يشكل مجموع ناتجهم من المنتجات سلعة كبيرة فى اجمالى الانتاج المحلى من هذه المنتجات .

الملاحظة الثالثة والأخيرة والأهم : بشأن الصناعة المحلية فى

التكامل الاقليمي كمناطق التجارة الحرة والاتحاد الجمركى كالاتحاد الاوروبى ، فإنه لدى وجود سوق واحدة موحدة تعتبر الصناعة فى كل منطقة التكامل هى الصناعة المحلية . أى أن أى ضرر يلحق بصناعة لدولة واحدة عضو يعد اغراقا يعتد به فى جميع ارجاء الدول اعضاء التكامل الاقليمي .

٣- توافر علاقة السببية بين الاغراق والضرر :

وهذا هو العنصر المحرك لتدابير مواجهة الاغراق ، فلا بد من وجود رابطة فعلية ومنطقية بين القيام بالاغراق ، وحدث الضرر فقد يحدث الاغراق ، والضرر معا ولكن دون ارتباط بينهما . وهكذا ، فان اغراقا قد يتم بمعدلات مرتفعة دون أن يؤدي ذلك حتما إلى حدوث ضرر بالدولة المستوردة ، التى قد يصيبها ضرر نتيجة لعوامل اخرى اجنبية ليس من بينها الاغراق ، فالمعمول عليه أن يكون الضرر نتيجة الاغراق أى أن فعل الاغراق هو السبب المباشر فى حدوث الضرر . ولذلك حدد واضعو الاتفاقية عدة أسس لاثبات توافر علاقة السببية السالف بيانها .

أ- لابد من وجود وقائع ثابتة لدى الدولة المستوردة . فلا يكفى ولا تقبل المزاعم أو التكهنات البعيدة . لذا ، فإن المعمول عليه الضرر المتوقع الوشيك الوقوع .

ب- وجوب ربط الوقائع الثابتة التى تتضمن وجود الضرر الفعلى أو وشيك الوقوع فى ضوء عناصر الضرر السابق بيانها كاحتمال حدوث زيادة كبيرة فى الاستيراد أو وجود كميات كبيرة متوافرة من السلعة المغرقة ، وكذلك الأمر بالنسبة لتأثير الاسعار والمخزون بفعل الاغراق .

ج- شروع الدولة المستوردة فى اجراء التحقيق الفورى المستند إلى ادلة

حقيقية ، وهكذا فانه بناء على طلب من الصناعة المحلية تقوم سلطات الاستيراد باجراء تحقيق . وعلى طالب التحقيق أن يبين فى طلبه شخصيته ووصف ولحجم وقيمة انتاجه ، وللمنتج المدعى اغراقه ، والسعر الذى يباع به ، وتطور حجم الواردات المغرقة واثرها على الصناعة المحلية .. الخ .

د - ابلاغ ما تم من اجراءات لاصحاب المصلحة بشأن التحقيق الذى تجريه سلطات دولة الاستيراد ومضمون الادلة بما تحتويه من معلومات ، مع تمكين كل طرف للدفاع عن مصالحه . ويراعى فى هذا الشأن مقتضيات السرية المتعارف عليها .

هـ - رغبة من واضعى اتفاقية الجات فى تحقيق العدالة لأطراف الاغراق المدعى بحدوثه ، تم تحديد اصحاب المصلحة على النحو التالى : أى مصدر أو منتج اجنبى أو مستورد لمنتج يخضع للتحقيق أو اتحاد تجارى أو اتحاد اعمال تكون اغلبية اعضائه من منتجى هذا المنتج أو مصدريه: أو مستورديه . ويضاف اليهم حكومة العضو المصدر ، ومن يتمتع بصفة منتج لسلعة مماثلة فى العضو المستورد أو نقابة أو اتحاد اعمال تكون اغلبية اعضائه منتجى المنتج المماثل فى اراضى الدولة المستوردة . هذا إلى جانب اتاحة الفرصة للمستعملين الصناعيين للمنتج موضع التحقيق ، ولممثلى منظمات المستهلكين لتقديم المعلومات ذات الصلة بشأن الاغراق والضرر علاقة السببية .

ثالثا - نتائج ثبوت الاغراق

بتوافر عناصر الاغراق غير المشروع ، ومن اجل مواجهة هذا الوضع ، يتم ترتيب مجموعة من النتائج . وغنى عن البيان ، أن محور هذه النتائج يدور حول قيام دولة الاستيراد للسلعة المغرقة باتخاذ تدابير معينة لامتناس ، وتعويض الآثار المترتبة على الاغراق . على أن الامر لا يقتصر على هذا التحرك ، إذ بجانبه يمكن للمصدرين المبادرة باتخاذ تدابير معينة رغبة منهم فى عدم فرض تدابير فى مواجهتهم . ويحسن أن نبدا بعرض هذا التحرك الأخير ، ومن ثم يتم التعرف على تحرك الدول المستوردة للسلع المغرقة .

١- تحرك المصدرين - التعهدات السعريّة

وهى تصدر من جانب المصدرين للسلعة المغرقة من أجل وقف الاجراءات أو إنهاؤها بعدم فرض اجراءات مؤقتة أو رسوم مكافحة الاغراق من جانب الدولة المستوردة لهذه السلعة . فالهدف واضح منع اتخاذ تدابير ضد المصدرين وما يتضمنه ذلك من آثار سلبية على تجارتهم مع الدول المستوردة ، وذلك لدى وجود تحديد اولى ايجابى بوجود الاغراق وضرره . وتتضمن التعهدات السعريّة التى يقدمها المصدرون الاتجاه نحو مراجعة الاسعار أو وقف الصادرات إلى المنطقة المعنية بأسعار اغراق بحيث يتم ازالة هامش الاغراق المسجل .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن التعهدات السعريّة ليست الزامية سواء بالنسبة لمن تصدر عنهم أو من توجه اليهم . فلا المصدرون ملزمون بتقديمها ، ولا الدول المستوردة ملزمة هى الاخرى بقبولها . فلها أن ترفضها إذا تبين أن قبولها غير عملى ، بل أن لها الاستمرار فى اجراء التحقيق الذى بمقتضاه تم التحقيق من وجود الاغراق .

٢- تحرك دولة الاستيراد - نوعا الاجراءات

بحكم أن دولة استيراد السلعة المغرقة تعد في وضع دفاعي يحتّم عليها ضرورة التحرك لامتنصاص الاغراق والاضرار الناشئة عنه ، فان اتفاقية الجات منحتها اتخاذ نوعين من الاجراءات ، وفقا لما تراه في هذا الشأن .

أ - الاجراءات المؤقتة :

وهي تتخذ شكل رسم مؤقت . ويفضل أن يتخذ ذلك ضمان مؤقت بوديعة نقدية أو سند يعادل مقدار رسم مكافحة الاغراق المقدر مؤقتا ، ولا يزيد عن هامش الاغراق المقدر مؤقتا . ويشترط لفرض هذه الاجراءات بدء التحقيق من جانب دولة الاستيراد ، والمعزز به الانتهاء إلى تحديد ايجابي لوجود الاغراق وما ترتب عليه من ضرر بصناعة محلية ، وتقدير ضرورة اتخاذ هذه الاجراءات منعا لحدوث ضرر اثناء التحقيق .

أن هذه الاجراءات بطبيعتها مؤقتة . فيقتصر سريانها على اقصر فترة ممكنة حيث لا تتجاوز اربعة اشهر أو لفترة لا تتجاوز ستة اشهر . ويجوز أن تصل هذه الفترة إلى ستة اشهر وتسعة اشهر على التوالي إذا كان هناك رسم ادنى من هامش الاغراق يكفى لازالة الضرر .

ب- رسوم مكافحة الاغراق :

وهي التدابير الأكثر فاعلية ، والأطول مدى في مواجهة الاغراق غير المشروع بالسلع الاجنبية . وصاحب الاختصاص في تحديد مقدار هذه الرسوم سلطات الدولة المستوردة للسلعة المغرقة . وبرغم ما تتمتع به من سلطة تقديرية في هذا الشأن ، فان اتفاقية الجات قد أوجبت على هذه السلطات مراعاة القيدين التاليين :

القيد الاول : ضرورة أن يكون الغرض من فرض الرسوم سويانه في اراضى كل الدولة ، يقترن ذلك بأن يكون الرسوم اقل من هامش

الاغراق إذا كان هذا الرسم الأقل كافيا لازالة الضرر اللاحق بالصناعة المحلية .

أما القيد الآخر : فيتمثل فى أن يكون الرسم المفروض من جانب الدولة المستوردة بالمقادير المناسبة فى كل حالة ، وعلى أساس غير تمييزى .

أن القيدين السابقين يشيران إلى أن الهدف النهائى لرسوم مكافحة الاغراق اعادة الوضع إلى ما كان ينبغى أن يكون عليه ، وهو الوضع العادى الذى لا يقبل فيه اصطناع سعر لا يعبر عن الحقيقة . فرسوم مكافحة الاغراق على هذا النحو تتميز بخصائص متعددة .

فمن ناحية هى عامة تطبق فى كل انحاء دولة الاستيراد . ومن ناحية اخرى ليست تحكمية ، حيث تكون بالقدر الذى يزيل الضرر . فلا يتجاوز مقدار رسم مكافحة الاغراق هامش الاغراق . وأخيرا ، يستبعد أى تمييز تجاه المنتج المغرق من كل المصادر التى يتضح انها تقوم بالاغراق وتسبب الضرر . وقد تكلفت المادتان التاسعة والعاشره من الاتفاق المتعلق بشأن تطبيق المادة السادسة من جات ١٩٩٤ ببيان الاحكام التفصيلية التى يجب مراعاتها فى هذا الشأن . على أن أهم ما يجب الإشارة إليه فى هذا الشأن سريان الأثر الرجعى ، ووجوب دفع رسوم مكافحة الأغراق بأسرع ما يمكن .

رابعاً - ضمانات احترام قواعد الجات

لا أهمية لای نظام يتم اقراره أو الاتفاق عليه أن لم يقترن ذلك بوضع ضمانات تكفل احترامه ، ومن ثم استمراره وتحقيقه لاهدافه . ولم تغب هذه الحقيقة عن واضعى قواعد الجات المتعلقة بالاغراق . لذا ، فإنه من مجمل النصوص الواردة فى هذا الشأن ، يمكن أن نستخلص وجود

طائفتين من الضمانات احدهما موضوعية والاخرى اجرائية .

١- الضمانات الموضوعية :

وهي تتضمن مجموعة من التوجهات التي تلتزم بها الدول بشأن مواجهة سياسة الاغراق غير المشروع بالسلع الاجنبية أهمها :

أ- سريان قواعد الجات على جميع الدول أعضاء منظمة التجارة العالمية :

وهكذا ، فلقد تم استبعاد إبداء أى تحفظ بالنسبة لأى حكم من احكام اتفاق الجات بشأن الاغراق دون موافقة الاعضاء الآخرين . إن أهمية استبعاد التحفظات فى هذا النطاق ، رفض تعدد المعاملة بالنسبة للدول ، مما يؤدى إلى انتقاص وتقيد المدى الإلزامى للمعاهدة . فالتحفظ كما هو معروف لا يخرج عن كونه ارتباط الدول المحتفظية ببعض نصوص الاتفاق. وهذا ، يؤدى حتماً إلى الحد من تطبيق القواعد المتفق عليها فى هذا الشأن .

إن وحدة المعاملة فيما بين الدول تجئ كدليل اضافى على أن عالمية قواعد الجات خصيصة مشتركة تربط بين نصوصه المختلفة والمتعددة ولتؤكد احترام مبدأ حرية التجارة الدولية السابق بيانه . فالتمييز محظور فى هذا النطاق .

ب- الالتزام بمبدأ التناسب بين الاغراق ورسم مكافحته :

فالرسم لا يفرض لمجرد الفرض ، ولكى يكون غطاء لحماية جديدة . تعرقل من انسياب حركة التجارة الدولية . فسواء بالنسبة لميعاد فرضه ، أو لمقداره ، فإن الموجه للدولة المستوردة ازالة الضرر الناشئ عن الاغراق فقط . لذا تم النص فى المادة ١/١١ من الاتفاق المعنى على أن رسم مكافحة الاغراق يظل ساريا بالمقدار والمدى اللازمين لمواجهة

الاغراق الذى يسبب الضرر . ونحو المزيد من ضبط وتقييد افراط أو استمرار الدول فى فرض رسوم مكافحة الاغراق يظل ساريا بالمقدار والمدى اللازمين لمواجهة الاغراق الذى يسبب الضرر . ونحو المزيد من ضبط وتقييد افراط أو استمرار الدول فى فرض رسوم مكافحة الاغراق ، نصت الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أن ينتهى أى رسم نهائى لمكافحة الاغراق فى موعد لا يتجاوز خمس سنوات من تاريخ فرضه ، ما لم يكن هناك ما يؤكد أن انقضاء الرسم سيؤدى إلى استمرار أو تكرار الاغراق والضرر .

ج- وجوب مراجعة مدى ملائمة استمرار فرض الرسوم :

فمدة الخمس سنوات السابق بيانها ليست برخصة مطلقة لدولة الاستيراد . فيجب على سلطات مثل هذه الدولة أن تراجع مسألة ضرورة استمرار فرض الرسوم سواء بمبادرة منها أو بناء على طلب طرف ذات مصلحة يقدم معلومات ايجابية تعزز ضرورة المراجعة . فإذا ثبت أنه لم يعد هناك داع لاستمرار فرض رسم مكافحة الاغراق ، تم العمل على ائتمانه فوراً . وغنى عن البيان أن تقدير هذا الامر يرجع إلى سلطات دولة الاستيراد .

د - وجوب تطابق قوانين ونظم الدول الأعضاء لقواعد الجات:

إن أية قواعد دولية تفرض على المخاطبين بأحكامها انماطاً مختلفة من السلوك . وتتحمل كل دولة المسؤولية الدولية لدى اخلالها بالالتزامات المترتبة عليها بناءً على ارتباطها بالقواعد الدولية . ولم يكتف واضعو اتفاقية الجات بهذا المبدأ ، بل أجبوا ، رغبة منهم فى تحقيق السريان المباشر لقواعد بهذا المبدأ ، بل أوجبوا ، رغبة منهم فى تحقيق السريان المباشر لقواعد الاغراق داخل كل دولة ، بأن تتخذ كل دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية الخطوات الضرورية (أى الداخلية) لضمان مطابقة

قوانينها ولوائحها واجراءاتها الادارية مع أحكام اتفاق الجات .
وتم تحديد ميعاد بدء سريان اتفاق منظمة التجارة العالمية كأجل
يجب عدم تجاوزه فى هذا الشأن . لذا ، فالدول مطالبة اما بسن قوانين
لمكافحة الاغراق أن لم تكن قد قامت بذلك ، أو بتعديل قوانينها السارية فى
هذا الشأن .

٢- الضمانات الاجرائية :

وهى مجموعة من الوسائل تكفل الزام الاطراف المعنية فى سياسة
الاغراق ومكافحته الهدف والمبادئ التى من أجلها تم وضع القواعد
المحددة من قبل الجات . التى يمكن أن تتحدد فى نوعين ، ضمانات متعلقة
باتفاق الاغراق ، واخرى تتدرج فى اطار تفاهم فض المنازعات الملحق
باتفاقية مراكش لانشاء منظمة التجارة العالمية .

أ- الضمانات الواردة فى اتفاق الاغراق :

وهى بدورها متعددة وأهمها :

١- وجوب اخطار سلطات دولة الاستيراد للعضو أو الاعضاء الذين
تخضع منتجاتهم للتحقيق والاطراف ذات المصلحة بمضمون الاسباب
التى تبرر بدء التحقيق بشأن مكافحة الاغراق . وقد حددت المادة
١٢/١ من اتفاق الاغراق المعلومات التى يحتوى عليها الاخطار
المذكور . وغنى عن البيان أن الاخطار يعد من وسائل الرقابة على
مدى احترام الدول لالتزاماتها الدولية .

٢- من اجل اثبات جدية الادعاء بوجود اغراق غير مشروع ، يمكن
لسلطات دولة الاستيراد أن تجرى التحقيقات اللازمة فى أرض
الاعضاء الآخرين بشرط الحصول على موافقة السلطات المعنية
واخطار ممثلى حكومة العضو المعنى ، ما لم يكن هذا العضو يعترض

على التحقيق . إن التحقيق في الموقع يعد من أكثر وسائل الرقابة فعالية لاثبات حقيقة أى وقائع يدعى بها . غير أنه بالنظر لارتباطه بسيادة كل دولة ، لا بد من موافقة الدول المعنية على اجرائه .

٣- إنشاء لجنة متخصصة من كل الدول أعضاء منظمة التجارة العالمية تجتمع دوريا مرتين كل عام أو عندما يطلب أحد الاعضاء . إن هذه اللجنة ذات اختصاص عام بكل المسائل المتعلقة بالاغراق ، حيث تضطلع بالمسؤوليات المسندة اليها بمقتضى اتفاق الجات أو ما يسند اليها الاعضاء . وتملك لجنة مكافحة الاغراق اختصاص فتح الباب امام اجراء المشاورات حول هذا الاتفاق ، وما يتفرع عنه من مسائل ، وانشاء اجهزة فرعية ، وطلب جمع المعلومات . وعلى الاعضاء اخطار اللجنة بما يدخل في نطاق اختصاصها من خلال تقارير نصف سنوية تقدم اليها .

ب- الضمانات الواردة في تفاهم حل المنازعات :

وهي متعددة ، ولا تقتصر فقط على الاغراق ، إذ أن تفاهم فض المنازعات الواردة في الملحق رقم (٢) لاتفاقية مراكش قد نص على الوسائل التالية : -

١- المشاورات بين الاطراف ، ولدى عدم التوصل إلى حل يمكن طلب اللجوء إلى وسائل أخرى .

٢- تكوين فريق خبراء لبحث المسألة محل النزاع ، حيث يقوم بتقدير الوقائع ومدى صحتها وتقييمها موضوعيا غير متميز .

٣- وإذا كان اتفاق الاغراق قد أشار صراحة إلى المادة ١٧/١ إلى انطباق تفاهم تسوية المنازعات على المشاورات وتسوية المنازعات على مسألة الاغراق ، فانه ترتيبا على ذلك يمكن اضافة إلى المشاورات وتكوين فرق الخبراء ، اللجوء إلى الوسائل السلمية لفض المنازعات

من مساح حميدة وتوفيق وساطة ، اضافة إلى امكانية استئناف ما ينتهى إليه فرق الخبراء وكذلك تحريك اجراء التحكيم .

وغير خاف ، أن كل هذه الوسائل ، ذات طابع ارضائى أى لا بد أن تستند فى تحريكها على موافقة جميع اطراف النزاع .

إلا انه تبقى حقيقة هامة فى هذا الشأن وهى أن هناك جزاءات يمكن أن تطبق فى هذا الشأن . فاتفاق التفاهم المنشئ لآلية فض المنازعات الدولية التجارية قد اعتمد التعويض وتعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات كجزاءات . والملاحظ فى هذا الشأن امكانية اتساع نطاق الجزاءات بشأن تعليق التنازلات المتبادلة بين الدول اعضاء منظمة التجارة العالمية . فهى لا تقتصر فقط على القطاع أو القطاعات التى حدث فيها الانتهاك ، أو حتى بالنسبة للقطاعات الأخرى فى ذات الاتفاق ، بل قد تمتد إلى تعليق الالتزامات فى اتفاق آخر . ومن أجل احكام الالتجاء إلى توقيع هذه الجزاءات ، فان منح اختصاص السماح بتعليق التنازلات تم اسناده لجهاز تسوية المنازعات .

أن ذلك يعد اتجاها يحتوى على نقلة نوعية بمنح هذا الجهاز سلطة ادارة العلاقات الدولية التجارية وانتقالها من مرحلة العلاقات فيما بين الدول إلى مرحلة العلاقات عبر الدول من خلال اطار تنظيمى فعال قادر على تقدير مدى احقية وملاءمة تعليق التنازلات المتفق عليها سابقا .

وهكذا ، فإن الاغراق ومكافحته يمثل احد التحديات على مدى فاعلية منظمة التجارة العالمية فى تحقيق اهدافها .

المراجع

=====

- ١- انظر : الدكتور مصطفى سلامة : قواعد الجات ، المؤسسة الجامعية للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع ببيروت ١٩٩٨ ص ١١ وما بعدها .
- ٢- الجات اختصار للاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة
General Agreement on Tariffs and Trade (G.A.T.T.)
- ٣- انظر : الدكتور مصطفى سلامة : الحد من تطبيق القانون الدولي العام : التحلل المشروع من الالتزامات الدولية ، دار النهضة العربية : القاهرة ١٩٩٢ ، ص ١٣ وما بعدها .
- ٤- انظر رسالتنا لنيل دكتوراه الدولة : الرقابة الدولية على سياسات الدول النامية ، باريس ١٩٨١ .
- ٥- فى مصر يمارس مجلس الدولة الرقابة على القرارات المتعلقة بالاغراق وفقا للقانون رقم ١٦١ لعام ١٩٩٨ بشأن حماية الاقتصاد القومى من الآثار الناجمة عن الممارسات الضارة فى التجارة الدولية . وهذه الرقابة تجئ لتنفيذ ما جاء بالمادة ١٣ من اتفاق مكافحة الاغراق.
- ٦- لابد من ملاحظة أن القانون السابق الاشارة اليه لم يأت باحكام جديدة أو موضوعية وانما اقتصر على الاحالة على قواعد الجات المنظمة لمكافحة الاغراق له .
- ٧- انظر حول الاغراق فى ظل جات ١٩٤٧ .
Carreau (D.) Flory (T.), Juillard (P.) Droit international Economique, L.G.D.J. 3 edition, Paris, 1990, P. 67-68.

حقوق الإنسان بين التهديد والتسييس

أ.و. مصطفى سلامة

عميد كلية حقوق الاسكندرية

حقوق الانسان بين التهديد والتسييس

=====

تمهيد - مظاهر الاهتمام الدولي بحقوق الانسان :

غدت حقوق الانسان من اكثر المجالات التى تستقطب الاهتمام فى النطاقين الدولى والوطنى على السواء . وهكذا فبعد ان كان التركيز ينصب بأكمله حول الدول وسلطاتها المختلفة ما لها من حقوق ، وما عليها من التزامات ، اصبح الانسان فى ذاته محلا للاهتمام بصدد الحقوق التى يجب ان يتمتع بها كحق الحياة ، وحق العمل ، وحق التعليم ، وحرية الفكر والعقيدة ، وتكوين الجماعات والنقابات ، والحق فى منع التعذيب ، والحق فى المشاركة فى الحياة الثقافية .. الخ. ان هذا الاهتمام امتد ليشمل النظام القانونى الدولى والوطنى معا ، حيث يتم البحث فى مدى اقرار كل دولة واحترامها لحقوق الانسان .

ويظهر إهتمام الدولى المعاصر بحقوق الانسان من نواح

متعددة :

- فمن ناحية الحقوق فهى متعددة : حقوق سياسية ومدنية كالحق فى الحياة وفى الحرية ، وفى الالتجاء للقضاء ، وبالمتمتع بجنسية ، وتقليد الوظائف العامة ، والاشتراك فى انتخابات نزيهة ودورية . الى جانب هذا النوع من الحقوق ، هناك حقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كالحق فى العمل ، والحق فى الحصول على اجر عادل ، وانشاء النقابات ، والحق فى التعليم ، والحق فى الرعاية الاجتماعية والصحية . بالاضافة الى ما تقدم من حقوق ، ثمة حقوق جديدة اطلق عليها حقوق الشعوب او

الجيل الثالث من حقوق الانسان كالحق فى التنمية ، والحق فى السلام ،
والحق فى بيئة صحية ومتوازنة .

- اما من ناحية مجال حقوق الانسان ، فانها اصبحت تشمل مختلف بقاع
المعمورة فتعدد الاتفاقات الدولية العالمية منها ، والاقليمية التى تقر بمنح
الانسان حقوقا متعددة ايا كان لونه او جنسيته او نوعه او دياناته .. الخ .
ويتصدر العهد الدولى لحقوق الانسان السياسية والمدنية ، والعهد الدولى
لحقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ الاتفاقيات
الدولية فى هذا الشأن . وفى النطاق الاقليمى تجئ الاتفاقية الرائدة المتمثلة
فى الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان والحريات الاساسية لعام ١٩٥١ ،
والتي اعقبها الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان لعام ١٩٧٨ ، والميثاق
الافريقى لحقوق الانسان والشعوب لعام ١٩٨١ .

- وبشأن الطبيعة القانونية لحقوق الانسان ، فانه بعد ان كان يتم النص
عليها فى اطار قرارات صادرة من منظمات دولية ليس لها الا قيمة ادبية
او سياسية باعتبارها مجرد توصيات غير ملزمة ، تحولت من خلال
الاتفاقات الدولية السابق بيانها الى قواعد ملزمة (١) . بل ان بعضها
اصبح يكتسب صفة امرة لا يجوز مخالفتها . (٢)

- واخيرا ، فان الحماية الدولية المتزايدة لحقوق الانسان تبرز قمة
الاهتمام الدولى بها سواء بمنح الافراد حق تقديم الشكاوى والعرائض لدى
حدوث انتهاك لهذه الحقوق (٣) ، او بربط السياسة الخارجية لبعض
الدول بمدى احترام الدول الاخرى لحقوق الانسان (٤) ، او ترايد تدخل
المنظمات الدولية فى شئون كانت تعتبر داخلية للدول من اجل حماية هذه
الحقوق (٥) .

وبرغم تعدد مظاهر الاهتمام الدولى السابق بيانه لحقوق الانسان ،
فاننا نلمس بروز ظاهرتين خطيرتين تحيطان وتحاصران هذه الحقوق :

الظاهرة الاولى وتتمثل فى وجود مجموعة من المخاطر تهدد حقوق الانسان وتؤثر فى كل من مضمونها وحمايتها ، بينما تجئ الظاهرة الاخرى لتقحم اعتبارات خارجية او اجنبية تكاد تعصف بالغاية من وجود ، واحترام هذه الحقوق ، وتحرف لى التعامل معها عن كل قيمة او هدف يفترض اقتراحه بحقوق الانسان وذلك من خلال تدخل ظاهرة تسييس هذه الحقوق . وهكذا ، فان حقوق الانسان تواجه فى آن واحد ظاهرتى التهديد والتسييس .

ظاهرة التهديد



بالنظر للطبيعة القانونية الملازمة للاتفاقيات الدولية التى تقرر حقوق الانسان تتعدد النصوص التى توجب على الدول ضرورة احترام هذه الحقوق .

الشائع ان يأتى التهديد لحقوق الانسان من جانب الدول . غنير ان السنوات القليلة الماضية اظهرت ان كلا من جماعات معينة ، وان اثرا من آثار التقدم العلمى التكنولوجى وقرارات مجلس الامن والتعاون غير الفعال مع المنظمات الدولية أصبحت معا تهدد هذه الحقوق على النحو التالى :

اولا - التهديد الصادر من الدول التعسف فى تقييد حقوق الانسان :

لدى نشوء ظروف استثنائية تهدد دول من الدول ، لا يمكن وصف سلوكها المتمثل فى تقييد بل منع ممارسة بعض حقوق الانسان بعدم المشروعية . فسلوك الدول فى هذه الحالة مشروع ، لاستناده الى نصوص قانونية تبيح للدول التحلل من التزاماتها الدولية فى مجال حقوق

وتأتى الظروف الاستثنائية كنموذج واضح على امكانية تهديد حقوق الانسان . فللدول ان تتحلل بصفة مشروعة اثناء استمرار هذه الحالة من احترام بعض حقوق الانسان . غير ان المشكلة التى تتعلق بالظروف الاستثنائية هى التحقق من مدى توافر شروط وجودها . ان الاعتراف بهذه الحالة كسب يدعو للتحلل من حقوق معينة للانسان يرجع الى حقيقة انه لا يتم وضع النصوص القانونية للتعلم بأهداب قيم معينة ، التمسك بأهداب محددة ، ولكن من اجل تطبيقها فى ظروف مناسبة ، وعادية. فاذا لم تتوافر هذه الظروف لم تعد هذه الحقوق غير قابلة للاحترام ، بحيث ان كيان الدولة كله يصبح مهددا . (٦)

ووفقا للمادة ٣/٤ من العهد الدولى لحقوق الانسان المدنية والسياسية ، فانه يعتد بحالة الظروف الاستثنائية كمبرر للتحلل المشروع من احترام بعض هذه الحقوق بتوافر الشروط التالية :

- ١- وجود خطر حال او وشيك الوقوع .
 - ٢- وان يفرض هذا الخطر الى تهديد حياة الامة فى مجموعها .
 - ٣- وان تكون التدابير العادية غير كافية لمواجهة هذا التهديد .
- ومن ثم يتم التحلل من الالتزامات الدولية فى هذا الشأن باتخاذ الاجراءات المناسبة ، ذات الطبيعة الاستثنائية اى عدم احترام بعض حقوق الانسان . وذلك فقط لمدة استمرار هذا الخطر فى اطار احترام مجموعة الضمانات الشكلية والموضوعية والتنظيمية .
- ان تهديد حقوق الانسان يتحقق فى الظروف الاستثنائية من خلال حقيقة عدم احكام وضبط كل ما يرتبط بشروط وجود الظروف الاستثنائية والاعتداد بها ، مما يؤثر على هذه الحقوق ، ويجعل التهديد ظاهرة تلحق بها ، وذلك بالنسبة للمسائل التالية :

١ - نطاق الظروف الاستثنائية :

لا شك فى شمول الظروف الاستثنائية للكوارث الطبيعية من زلازل ، واعاصير وفيضانات ، والحروب الدولية ، والمنازعات المسلحة غير الدولية من فتن وحروب اهلية ، واعمال عنف مسلحة . وتسرى الظروف الاستثنائية ، ومن ثم التحل من الالتزامات الدولية ، ولو كان الوضع الاستثنائى لا يشمل كل انحاء الدولة المعنية طالما ان التهديد من جراء ذلك يشمل الدولى فى مجموعها . ان كل الحالات السابقة لا تشير خلافاً حول الاعتداد بها للدعاء بوجود ظروف استثنائية . لكن اتجاهاً اخذ فى التصاعد من جانب عدة دول - وهذا ممكن التهديد لحقوق الانسان - يرى ان الظروف الاستثنائية لا بد ان تشمل ايضا كل وضع خطر يسبب مصاعب جسيمة للدول . اى ان ما يهدد الدول يجب الا يقتصر على حالات الكوارث الطبيعية والحروب والفتن والمنازعات المسلحة الداخلية .

فالاوضاع الاستثنائية الاقتصادية تدرج فى نطاق الظروف الاستثنائية . فرضاء الافراد لا بد من مراعاته فى هذا النطاق . ويلاحظ ترتيباً على ما تقدم ان حالة التخلف الاقتصادى التى تعاني منها دول العالم الثالث ، تعتبر - عند البعض - من المسائل التى تشملها الظروف الاستثنائية . اى يجب استمرارها بصفة دائمة . ان هذا الاتجاه يستند الى افتراض قانونى يتأسس على ان الدول لا يمكن بقيامها بابرار المعاهدات الدولية ، تعريض مصالحها الوطنية ، ودفع ما يتعلق بالاقتصاد الوطنى للخطر ، يتحمل نتائج مدمرة من جراء سريان التزاماتها الدولية المتعلقة بحقوق الانسان .

ان هذا المبرر غير مقبول : فمن ناحية تعد الظروف الاستثنائية استثناء ، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه بمد نطاقه الى حالات اخرى ،

تشكل صعوبات لدول معينة . ومن ناحية اخرى ، فلقد ورد النص على الظروف الاستثنائية فى اطار العهد الدولى للحقوق السياسية والمدنية . اى كان المقصود بها المسائل السياسية والمدنية فقط . فلو كانت فكرة شمول الظروف الاستثنائية للحالات الاقتصادية لما عجز واضعوا العهد المذكور عن النص عليها بشكل او اخر ، او على الاقل لنصوا على ذلك فى اطار العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

واخيرا ، فانه ولو لم يتم الاعتراف بالملاحظتين السابقين ، فان مبدأ شمول الظروف الاستثنائية للحالات الاقتصادية يعد اقرارا وتسجيلا لتناقض سريان حقوق الانسان ، مع محاولة حل مشاكل التخلف . ان هذا الاتجاه كان من المقبول نسبيا اخذه بعين الاعتبار فى العقدين السابقين . لكن مع ما اثبتته التطورات الاخيرة فى دول اوربا الشرقية ، وعدة دول من العالم الثالث ما يؤكد ، ان احترام حقوق الانسان ، وحل المشاكل الاقتصادية صنوان متلازمان ، لا يمكن الانتهاء الى التناقض بينهما . وان احترام حقوق الانسان كفيل بنجاح اى مخطط جاد للتنمية .

٢- توافر مقتضيات الظروف الاستثنائية :

لا يتم اقرار مشروعية اية من حالات التحلل من الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان لدى نشوب الظروف الاستثنائية الا اذا كان هناك مبرر يسوغ اعلانها من ناحية ، وضرورة التناسب بين وجود هذه الحالة وعدو مظاهر عدم احترام حقوق الانسان من ناحية اخرى . يضاف الى ذلك وجوب ممارسة رقابة دولية على هذا التحلل المذكور . (٧)

ولكن يلاحظ صعوبة التحقق من توافر مقتضيات حالة الطوارئ

لثلاثة اسباب :

السبب الاول : ان تقدير وجود الظروف الاستثنائية يخضع لتقدير السلطات المختصة في الدول المهددة بهذا الوضع التي يحق لها التحلل الواسع من التزاماتها الدولية .

فالدول هي التي تملك وحدها الاختصاص المطلق في هذا الشأن . وغير خاف مدى امكانية تذرع الحكومات باسباب وهمية او غير خطيرة من اجل اعلان الظروف الاستثنائية . فسيادة كل دولة تقف حائلا لاعمال اية رقابة دولية في هذا النطاق .

السبب الثاني : ويترتب على السبب الاول . فطالما تملك كل دولة حق تقدير مدى وجود الظروف الاستثنائية ، فان لها منطقيا حق تقدير مدى التناسب بين خطورة هذه الحالة ، ومظاهر الخروج على التزاماتها الدولية بشأن حقوق الانسان .

السبب الثالث الاخير : وتبرز اهميته في انه اذا كان تقدير وجود الظروف الاستثنائية ، ومدى تناسب عدم احترام حقوق الانسان يخضع لتقدير السلطات المختصة ، فان وجود رقابة دولية على توافر هذه المقننات كان من الممكن ان يمثل ضمانا هامة في ضرورة عدم تعسف الدول في هذا الشأن .

غير انه يلاحظ عدم فاعلية اجهزة الرقابة الدولية في هذا النطاق . فيقتصر دور هذه الاجهزة كلجنة حقوق الانسان التابعة للامم المتحدة على مجرد تلقي تقارير تقدمها الدول المعنية لها عن الاجراءات التي اتبعتها فيها يتعلق بالظروف الاستثنائية . ان دور هذه اللجنة ينحصر في مجرد فحص تقارير الدول ، وابداء التعليقات العامة عليها . فليس لها اتخاذ أى قرار في هذا الشأن ، او حتى مجرد ابداء تعليق متخصص ومحدد بصدده ما تراه من امور منها حالة الاعفاء من الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان . الا ان هناك رقابة فعالة ولكنها ذات طبيعة استثنائية تتم في

اطار اجهزة مجلس اوربا بشأن احترام الاتفاقية الاوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية . ولكن خارج نطاق هذه الاتفاقية تبقى حكومة كل دولة لها مطلق التقدير فى شأن الظروف الاستثنائية وجودا وممارسة ، مما يشكل لدى التعسف فى اللجوء اليها . وفى غياب رقابة قضائية وطنية فعالة تهديدا مباشرا لحقوق الانسان .

ثانيا - التهديد الصادر من جانب جماعات العنف المسلح :

وهذا يمثل اهم المظاهر الجديدة لتهديد حقوق الانسان . حقيقة ان الشائع صدور التهديد عن الحكومات غير انه يلاحظ ان الحكومات قد لا تجد دائما من السهولة بمكان امكان تهديدها لحقوق الانسان فى ضوء ردود الفعل المتوقعة من جانب الرأى العام الخارجى منه والداخلى والذى قد يقترن بوجود رقابة قضائية فعالة . ان جماعات العنف المسلح وهى تلك الحركات التى تهدف الى تغيير النظام الاجتماعى والسياسى لدولة معينة عن طريق استخدام وسائل متعددة من العمليات المسلحة .

واذا كان هناك من يحاول ان يبرر مثل هذه النشاطات ، فانه لا بد من ملاحظة انه بمقتضى حقوق الانسان ، فان أى تغيير سياسى او اجتماعى مرغوب فيه يكون عن طريق الوسائل المشروعة . أى التغيير السلمى استنادا للحقوق السياسية للانسان أى بالانتخابات والترشيح والاستفتاء .. الخ .

فغير ذلك معناه القضاء على حقوق الانسان ذاتها . لذا احسن صنعا واضعو العهد الدولى لحقوق الانسان السياسية والمدنية بان قرروا فى الفقرة الاولى من المادة الخامسة من هذه المعاهدة على انه " ليس فى الاتفاقية الحالية ما يمكن تفسيره بانه يجيز لاية دولة او جماعة او شخص او حق فى الاشتراك باى نشاط او القيام باى عمل يستهدف القضاء على

أى من الحقوق او الحريات المقررة فى هذه الاتفاقية^{٣٠} .

على انه اذا تم مباشرة عمليات العنف المسلح من اغتياالات ، وخطف ، وتدمير ، وتلغيم ، فان من يقوم بهذه العمليات لا يسقطه عنه التمتع بحقوق الانسان من ضمانات خاصة بمحاكمته محاكمة عادلة وفقا للقواعد المتعارف عليها فى هذا الشأن .

ثالثا - الاثر السلبي للتقدم العلمى والتكنولوجى :

ليس هناك من شك ان التقدم العلمى والتكنولوجى افض الى مجموعة متعددة من الآثار الايجابية على الافراد والمجتمعات على السواء وفى كل المجالات . غير ان هناك من الآثار السلبية لهذا التقدم ما ادى فى حالات كثيرة الى تهديد حقوق الانسان من خلال استعمال الاجهزة الحديثة والمتقدمة التى تؤدى الى المساس المباشر بالحرية الشخصية للفرد وحق فى الخصوصية . فيكفى التذكير بالاجهزة التى تمكن من استراق السمع ، والتعرف على المعلومات عن طريق الحاسب الآلى .. الخ . حقيقة انه يجب الحفاظ على حقوق الانسان فى مثل هذه الحالات . غير انه فى ضوء ما ذكرنا من عدم فاعلية ضمانات احترام هذه الحقوق ، فان الأخيرة أصبحت مهددة من الناحية الفعلية وبشكل دائم فى ضوء حقيقة ان استخدام الاجهزة المتطورة بات من متطلبات الحياة الضرورية واليومية للانسان ولسير ، تقدم المجتمعات . (٨)

رابعا - التأثير السلبي لقرارات مجلس الامن :

وهى قرارات يصدرها مجلس الامن وفقا لاحكام الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة . انها قرارات لا يمكن التشكيك فى مشروعيتها . ولكنها ذات عواقب وخيمة بما تتضمنه من عقوبات متعددة تفرض على

الدول ، تقضى ، وهذا ما أثبتته واكدته الممارسات الى الحاق آثار سلبية بالمواطنين ، وتشكل تهديدا واضحا لحقوق الانسان . بداية من الحرمان من ممارسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية وصولا الى الحق فى الحياة ذاته . (٩)

خامسا - التعاون غير الفعال مع المنظمات الدولية :

ويظهر ذلك بكل وضوح فى مواجهة الدولية للصليب الاحمر فالقرار ٦٨٧ لمجلس الامن قد قرر فى المادة " ٣ ن " يقرر من اجل تعزيز التزامه بتيسير اعادة جميع الرعايا الكويتيين ورعايا البلدان الثالثة الى الوطن ان يقدم العراق كل ما يلزم من تعاون مع اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، وذلك بتقديم قوائم باسماء هؤلاء الاشخاص وتيسير امكانية وصول اللجنة الدولية للصليب الاحمر الى جميع هؤلاء الاشخاص ، حيثما يوجدون او يكونون محتجزين وتيسير بحث اللجنة الدولية للصليب الاحمر عن الرعايا الكويتيين ورعايا البلدان الثالثة الذين ما زالت مصائرهم مجهولة .

وهذا ما لم يتم حتى الان بتراخى الحكومة العراقية عن تطبيق هذه الفقرة من القرار ٦٨٧ .

ظاهرة التسييس

=====

لا يمكن بادئ ذى بدء فصل السياسة عن القانون . فثمة تداخل بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية . غير انه يفترض ان حقوق الانسان بما تتضمنه من مبادئ وقيم ، وما تهدف اليه من تحقيق غايات انسانية مشتركة بين كل الشعوب والافراد ، لا بد ان تكون بمنأى عن التأثير بالاعتبارات السياسية . وبرغم هذه الفرضية ، فانه يلاحظ ان

حقوق الانسان بائت تتأثر بالاعتبارات الاخيرة (١٠) . فالتسييس اصبح ملازما ، ومقترنا بحقوق الانسان . فالاعتبارات السياسية تم اقامها فى مجال حقوق الانسان سواء من خلال التعامل معها او باستخدامها لاجراض بعيدة عن مقتضى هذه الحقوق .

ان التسييس كان ينبغي ابعاده عن حقوق الانسان لسبب بسيط هو ان العدالة غاية تقتضى التحلى بالموضوعية التى يفترضها وجود حقوق تتضمنها قواعد قانونية دولية تتطلب العمومية والتجريد كخصيصه لايـد من اقترائها بها . ولكن تكشف الممارسات الدولية الاخيرة على ان التسييس بات يتم اعماله بالنسبة للتعامل مع هذه الحقوق ، بل استخداما ايضا .

اولا - التعامل مع حقوق الانسان :

يتم تسييس حقوق الانسان من خلال اعتياد ممارسة ازدواجية المعاملة تجاه هذه الحقوق . ويقصد بالازدواجية فى المعاملة خضوع الاوضاع المتماثلة لحكمين مختلفين (١١) : فتارة يتم قبول وضع معين وتارة اخرى يرفض قبول الوضع المماثل له ، بل ان وضعنا معيناً قد يتم قبوله فى مرحلة ، ويرفض قبوله فى مرحلة اخرى او بالعكس . هذه الازدواجية اما يطلق عليها الكيل بمكيالين ، التى لا تخرج عن كونها اعمالا للتسييس تعاني منه حقوق الانسان بالنسبة لكل من انواع هذه الحقوق ، والمخالفات التى تلحق بها .

١- انواع حقوق الانسان :

لا تقوم الدول ، والمنظمات الدولية الحكومية منها وغير الحكومية بالتعامل المتماثل مع كل انواع حقوق الانسان ، برغم ان حقوق الانسان

حزمة واحدة تتطلب ان تلقى نفس الاهتمام . فالبعض منها يهتم بحقوق دون اخرى .

فدول العالم الثالث وقبلها الدول الاشتراكية محل اهتمامها حقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . اما الحقوق السياسية والمدنية فتجئ في اخر الاولويات . بل ان هناك ملاحظة جديرة بالتسجيل هى ان الدول الافريقية اتجهت الى تقييد حقوق الانسان السياسية والمدنية من خلال ما يطلق عليه حقوق الشعوب بجعل الحقوق الفردية تخضع فى اقرارها واحترامها لحقوق الشعوب أى الحقوق الجماعية كالحق فى التنمية (١٢) .

ويعد ذلك بمثابة اتجاه خطير غايته اسقاط أى مطالبة بحق سياسى او مدنى تحت ذريعة منح الاولوية لحقوق الشعوب . فلا غرو الحال كذلك ، ان نجد الدول الافريقية قد صدر عنها الميثاق الافريقى لحقوق الانسان والشعوب . وبالمقابل ، فان الدول الغربية تركز على حقوق الانسان السياسية والمدنية ، ولا تمنح الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية نفس المعاملة . فالضمانات الاجتماعية والاقتصادية التى تم منحها اثناء الحرب الباردة آخذة فى التناقص ، بعد ان انهار التهديد الشيوعى ، واطلقت بقوة لقوانين السوق دورها فى التعامل مع الجميع . (١٣)

ولا يقتصر التسييس على النحو المتقدم ذكره على الدول ، حيث تسايرها المنظمات الدولية حتى غير الحكومية منها . فمنظمات حقوق الانسان الدولية هما الاكبر الحقوق السياسية والمدنية ، وتسقط بل تتغافل عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . فان اهتمت بها فيكون ذلك بقدر ضئيل وعلى استحياء . كما يلاحظ ان المنظمات الاخيرة تمنح كل الاهمية للحقوق الفردية ، ولا تمثل حقوق المجتمع كل نفس المعاملة .

فتهدد امن الدولة لا يمثل اهمية ، ولا يشكل انشغالا كبير لهذه المنظمات . (١٤)

٢- مخالفات حقوق الانسان :

لا اهمية لاية حقوق يتم منحها للانسان ، ان لم يكن هناك احترام لها من جانب كل من تخاطبه النصوص القانونية بشأنها . لذلك ، تحتل مسألة كفالة احترام حقوق الانسان من خلال التصدى لمخالفاتها اهمية كبرى فى سبيل العمل على تأكيد ما تتضمنه هذه الحقوق من مبادئ وقيم . والملاحظ ان الازدواجية فى المعاملة أى الكيل بمكيالين اصبحت ظاهرة تتم عن تسييس واضح فى هذا الشأن سواء من خلال سلوك الدول او المنظمات الدولية .

أ) الدول :

باتت المزاجية هى المهيمنة على سلوك الدول لدى وجود مخالفات او انتهاكات واضحة لحقوق الانسان من الدول الاخرى . فمن التغافل عن الانتهاكات مرورا بالتنديد بها وصولا لاتخاذ تدابير ضد بعض الدول فقط المنتهكة لحقوق الإنسان يمثل كل ما تقدم انماطا مختلفة لاعتماد الدولة لازدواجية المعاملة تجاه الحالات المتماثلة للمخالفات . ان ذلك على شئ فانما يدل على التسييس ظاهرة شائعة تعانى منها حقوق الانسان .

ويعد التغافل عن انتهاكات حقوق الانسان نمط سلوك واضح يصدر عادة من الدول الغربية . ففى دول لها فيها مصالح آنية او مستقبلية تتغافل الدول الغربية عن الاعتراف بالانتهاكات التى تلحق بحقوق الانسان . ولعل موقف الولايات المتحدة الامريكية من كل من الصين وروسيا ما يؤكد هذا الاتجاه . فالرئيس الامريكى كلينتون لدى اجتماعاته

الرئيس الصينى زيمىن وبعده الرئيس آل جور لدى زيارته الصين نادرا ما يتم التحدث عن اوضاع حقيقة الانسان فى الصين . ولم ينسى احد موقف معظم الدول الغربية ابان احداث اكتوبر ١٩٩٣ فى روسيا حينما وجه الرئيس الروسى بورىس يلسين دباباته الى مقر البرلمان ، ولم يحدث أى تنديد يعتقد به من جانب الدول الغربية تجاه هذا السلوك غير الديمقراطى .

وفى نفس الاتجاه تتعدد صور التغافل عن اوضاع حقوق الانسان فى بعض دول العالم الثالث ، ومنها عالمنا العربى من جانب الدول الغربية .

غير ان اوضاعا مماثلة لدول اخرى ليس للدول الغربية منها حاليا مصالح يعتقد بها ، لا تتورع الاخيرة عن التنديد باى انتهاك يحدث لحقوق الانسان فى مثل هذه الدول . ففى الوقت الذى تغافل فيه الرئيس الأمريكى كلينتون عن اوضاع حقوق الانسان فى الصين وروسيا لم يتورع عن التنديد بالاضاع المماثلة فى كل من بورما وروسيا البيضاء . بل ان دولة واحدة تبعا لتغيير المصالح يتم التغافل عن انتهاكات حقوق الانسان فيها فترة ويتم التنديد بها فى وقت اخر كنيجيريا وزائير (والكنغو) على سبيل المثال . اما بالنسبة للتدابير فهى تتراوح اما بالاكتماء بالتنديد او السعى لاستصدار قرار بالاستتكار وصولا لقطع المساعدات .

واذا كان السعى لمواجهة رأى العام يدفع بالدول عادة الى مجود تسجيل القلق من انتهاكات حقوق الانسان فى دول معينة ، فان مجرد اصدار قرار غير ملزم نزولا على الاعتبار المصلحية والتجارية منها فى المقدمة يصبح امرا بعيدا . ففى دورات لجنة حقوق الانسان التابعة للامم المتحدة فى جنيف رفضت دول غربية كفرنسا والمانيا وايطاليا واسبانيا واليونان واستراليا وكندا اصدار قرار يصدر فى مواجهة الصين

، بينما لم تتورع هذه الدول عن السعى لإصدار قرارات ضد دول من العالم الثالث ليس لها مصالح تتوازى مع تلك التى لها فى الصين .

فإذا انتقلنا للمساعدات وربطها بحقوق الإنسان فخير مثال على ذلك استمرار الدعم الأمريكى لإسرائيل وحجبه عن دول أفريقية فقيرة رغم أن انتهاك الدول العبرية لحقوق الإنسان فى فلسطين يفوق بكثير أى انتهاك آخر فى دول نامية .

بل إن المساعدات قد تقدم لدولة معينة تنتهك حقوق الإنسان ، ثم تحجب عن نفس الدولة رغم استمرار انتهاك هذه الحقوق لأشئ إلا أن نظام الحكم الجديد إما غير معروف الهوية ، أو ليس ذات توجه مساند لسياسة الدول مانحة المساعدات .

وهكذا ، فالازدواجية فى المعاملة تجاه الأوضاع المماثل السلوك واضح من جانب الدول تجاه مخالفات حقوق الإنسان .

ب (المنظمات الدولية :

ليس موقف المنظمات الدولية بمنأى عن الاتجاهات السياسية للدول الأعضاء فالمنظمة ليس الا اطارا يترجم ويعكس ما تنتهى اليه الدول . لذلك فإن المنظمات الدولية إما الا تصدر قرارا فى مواجهة انتهاكات حقوق الإنسان ، وحتى اذا اصدرت قرارا فإنه تتعدد صيغ اخراجه فمن اشارة الى انتهاك ، الى الاسف مروراً الى الاستنكار المهنذب ، وصولاً الى التنديد . والملاحظ انه فى كل حالة الاوضاع متماثلة لدول القاسم المشترك بينها عدم احترام حقوق الإنسان . ولكن رد فعل المنظمات يختلف من دولة لأخرى بالنظر الى اخضاع مسألة انتهاك هذه الحقوق للاعتبارات السياسية وكفى للتدليل على ذلك مجرد قراءة سريعة لقرارات لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة .

فالازدواجية فى المعاملة على النحو المتقدم بيانه كمظهر للتسييس

مقترن بسلوك الدول والمنظمات الدولية فى مجال حقوق الانسان . (١٥)

٢- استخدام حقوق الانسان لاغراض سياسية :

وهى اغراض متعددة يجئ فى مقدمتها السعى للتدخل فى الشئون الداخلية للدول . وفقا لنص الفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الامم المتحدة يمتنع على المنظمات الدولية انطلاقا من سيادة الدول التدخل فى شئونها الداخلية . ومع تسليم الدول بهذا المبدأ ، الا انه من الملاحظ استخدام حقوق الانسان من اجل التدخل فى الشئون الداخلية لدول كثيرة . ويتم ذلك باعتبار ان مخالفات حقوق الانسان واستمرارها تهدد السلم والامن الدوليين ، فانه بالتالى امكن ربط حقوق الانسان بهذا السلم والا من والتدخل فى الشئون الداخلية للدول . ووضح الامثلة على ذلك التدخل فى هايتى حيث تم اعتبار تغيير نظام الحكم عن غير الطريق الديمقراتى تهديدا للسلم والامن الدوليين . (١٦).

ان هذا الاتجاه خطير يجعل من حقوق الانسان ذريعة من اجل التدخل فى الشئون الداخلية للدول ويعد توسيعا لمفهوم السلم والامن الدوليين ، ويجعل كل دولة معرضة لتدخل اجنبى فى شئونها الداخلية ، وهكذا ، يعود التدخل الاجنبى ليس من اجل الحضارة المدعى بانها التى ترافق الاحتلال الاجنبى ، ولكن من اجل الادعاء باعلاء واحترام حقوق الانسان الذى تعد كل مخالفة تهديدا للسلم والامن الدوليين !

والملاحظ ان التدخل فى الشئون الداخلية لحماية لحقوق الانسان ، واستنادا لتهديده للسلم والامن الدوليين ، لا يتم فى مواجهة جميع الدول . فالتدخل لحماية الديمقراطية فى هايتى ، لم يتم الالتجاء فى حالة مماثلة مثل نيجيريا !

ولعل ما اعلنه الرئيس الامريكى كلينتون مؤخرا من وجوب

التدخل بدون اذن وهو ما تم فى كوسوفو ، وتأييد كوفى غنان له بشرط اذن الامم المتحدة ما يظهر الدخول فى مرحلة جديدة يصبح التدخل هو المبدأ . وغير خاف وجود اعتبارات سياسية فى هذا النطاق.

١- كانت حقوق الإنسان لدى المناداة بها دوليا تدخل فى نطاق القانون المنشود . أى ما ينبغى ان يكون . وهكذا ، صدر الاعلان العالمى لحقوق الانسان عن الجمعية العامة للامم المتحدة عام ١٩٤٨ . ان هذا الاعلان لا يعدو ان يكون الا مجرد توصية ليس لها الا قيمة سياسية او ادبية . أى ان حقوق الانسان كانت تدخل فى نطاق مما ينبغى ان يكون ، وليس ما هو قائم .

غير انه حدث تطور له ما يبرره : ان حقوق الانسان شأن اية فكرة جديدة يصعب تقبلها ، وبصفة الزامية ، سيما انبها تمس المجال الحيوى لسيادة كل دولة . اضع الى ذلك ان ابرام نص ملزم ، وهو ما يتحقق من خلال التوصل الى معاهدة ، يصادف صعوبات متعددة بالنسبة لمفهوم الفكرة ومداه ، وما يترتب على اعمالها من التزامات تقع على عاتق الدول المنظمة اليها .

فضلا عن ان دور العرف فى تكوين قواعد ملزمة يستوجب الانتظار فترة طويلة للحكم على وجوده ومداه .. لقد اخذت فكرة حقوق الانسان منذ عام ١٩٤٨ تنتشر وتتدعم بحيث لم يعد هناك ما يمنع من صياغتها فى اطار نصوص ملزمة كعهدى حقوق الانسان والحريات الاساسية ، الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان ، والميثاق الافريقى لحقوق الانسان والشعوب ..

انظر ا.د. مصطفى سلامة : تأملات دولية فى حقوق الانسان ، المجلة

المصرية للقانون الدولي العدد ٤٠ ص ١٩١ وما بعدها ^٣ .

٢- انظر في ذلك : ا.د. مصطفى سلامة : تطور القانون الدولي العام ،

دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٢ ص ١٦٧ .

٣- فهذا الحق تم النص عليه في اطار البروتوكول الاختياري الملحق

بعهد الامم المتحدة للحقوق السياسية والمدنية ، وذلك من خلال لجنة

حقوق الانسان للمنظمة العالمية . حقيقة ان هذا الاجراء يتطلب

ارتضاء الدول المعنية بالبروتوكول المذكور . ولكن يلاحظ انه مع

تصاعد حركة حقوق الانسان في مختلف ارجاء العالم ، وتضمن هذا

الحق سابقا في اطار الاتفاقية الاوروبية لحقوق ، فان ثمة حماية يعتد

بها في هذا الشأن . بل ان السماح بتقديم الشكاوى يقضى الى تمتع

الفرد بنوع من الشخصية الدولية ، حيث يتمتع الانسان بحكم انسانيته

بهذا الحق ، مما يعد تطور ملحوظا في اطار الجماعة الدولية .

٤- وهو ما تقوم به الدول الغربية عن طريق برامج المساعدات الخاصة

بها او من خلال صندوق النقد الدولي والبنك الدولي تجاه دول العالم

الثالث .

٥- ويظهر ذلك في المسائل التالية :

١- حق المنظمات الدولية في اجراءات المناقشات ، اتخاذ

التوصيات ، والدعوى الى اجراء توفيق او التتديد

بمخالفات حقوق الانسان .

٢- اعتبار تغيير نظام الحكم في الدول عن غير الطرق

الدستورية مخالفة صريحة لحقوق الانسان ، بل عدم

الاعتراف بهذا التغيير وتوقيع جزاءات متعددة (حالات

هايتي وسيراليون) .

٣- آلية التدخل لوضع حد لآلية انتهاكات لحقوق الانسان فى

اطار منظمة التعاون والامن الاوروبى .

٤- التدخل فى كوسوفو .

٦- انظر الدكتور مصطفى سلامة : التحلل المشروع من الالتزامات

الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٠ وما بعدها .

٧- المرجع السابق ، ص ٣٣ وما بعدها .

٨- الدكتور مصطفى سلامة : التأثير المتبادل بين التقدم العلمى

والتكنولوجى والقانون الدولى العام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠

ص ٤٩ وما بعدها .

٩- لعل ذلك كان السبب فى اصدار قرارات لمعالجة هذا الوضع من ذلك

قرار مجلس الامن الخاص بالنفط مقابل الغذاء (القرار ٩٨٦) بشأن

العراق .

١٠- الدكتور مصطفى سلامة : تسييس المنظمات الدولية المتخصصة ،

الدار الجامعية للنشر ، بيروت ١٩٨٩ ، ص ٢٦ وما بعدها .

١١- الدكتور مصطفى سلامة : ازدواجية المعاملة فى القانون الدولى

العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٧ ، ص ٢٧ .

١٢- الدكتور مصطفى سلامة : التحلل المشروع من الالتزامات الدولية ،

المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها .

١٣- كموقف بريطانيا من الميثاق الاجتماعى الاوروبى .

١٤- وهذا موقف منظمة العفو الدولية .

١٥- الدكتور مصطفى سلامة : ازدواجية المعاملة فى القانون الدولى ،

المرجع السابق .

١٦- الدكتور مصطفى سلامة : المظاهر الجديدة لتقييد الاختصاص

الداخلى للدول ، مجلة الحقوق ، ١٩٩١ العدد الرابع .

مكافحة غسيل الأموال

طبقاً للقانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢

مقارناً بكل من القانون المصري واللبناني والإماراتي

دكتور

جلال وفاء محمددين

أستاذ القانون التجاري – بحتوق الإسكندرية

مستشار قانوني – بنك الكويت الصناعي

٢٠٠٣

مقدمة

١ - التعريف بغسيل الأموال :

غسيل الأموال Money Laundering من الجرائم الاقتصادية الحديثة التي ترتبط عادة بالجريمة المنظمة Organized Crime ، لاسيما جرائم المخدرات ، الإرهاب ، تهريب الأسلحة ، الرقيق الأبيض ، الفساد السياسي ، الرشوة وغيرها من الجرائم ٠٠ كما ترتبط هذه الجريمة بالبنوك والمؤسسات المالية الأخرى لما توفره عملياتها من قنوات وأساليب تستخدم في غسيل الأموال غير النظيفة^(١).

وجوهر غسيل الأموال قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن الأنشطة الإجرامية وبين أصلها أو مصدرها غير المشروع لكي تبدو هذه

(١) راجع بصفة خاصة :

Michael Levi, "New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (winter 2000); Betra Esperanza Hernandez, "Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy", Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations pp. 235-304 (winter 1993); Pedro R. David, Mercosur: "Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999);

أيضاً أنظر:

Guide to the Prevention of Money Laundering (International Chamber of Commerce Crime Bureau - 1998).

وبصفة خاصة ص ٦ وما بعدها: أيضاً :

Joan Wadsley, "Banks in a Bind: The Impact of Money Laundering Legislation", Journal of International Banking Law, Volume 16 No. 5 (July 2001).

وبصفة خاصة ص ١٢٥ وما بعدها.

الأموال وكأنها قد تولدت عن منشأ قانوني ومشروع^(٢). فالهدف الأساسي من غسيل الأموال هو إضفاء الشرعية على أموال هي في الأصل ذات مصدر غير مشروع ، وبما يفضي إلى سهولة تحريك تلك الأموال في المجتمع دون أن تتعرض للمصادرة وبذا يقلت المجرمون من العقاب ، وتنساب في القنوات المالية الشرعية أموال هي في الأصل غير نظيفة^(٣).

ويمر غسيل الأموال بثلاث مراحل ، وهي: مرحلة الإيداع أو التوظيف ، ثم مرحلة الترقيد ، فمرحلة الاندماج أو التنظيف . وتشابك وتتداخل هذه المراحل في أغلب الأحوال بحيث يكون الفصل بينها في غاية الصعوبة .

وتقتضي مرحلة الإيداع أو التوظيف Placement التخلي المادي عن النقود المتحصلة من النشاطات غير المشروعة بهدف إبعاد الشبهة عن مصدرها^(٤). ويتم ذلك غالباً بأسلوب بسيط بتوظيف الأموال المشبوهة في

(٢) Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on (2) Financial Institutions" Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulations, pp. 437-468 (Summer 1994).

وبصفة خاصة في ص ٤٣٧ وما بعدها .

(٣) المقالة السابقة . وفي معنى قريب ، راجع :

William Baity, "Banking on Secrecy - the Price for Unfettered Secrecy and Confidentiality in the Face of International Organized and Economic Crime", Volume 8 No. 1 Journal of Financial Crime pp. 83-86 (August 2000).

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts (٤) to Combat it", Volume 63 Tennessee Law Review, pp 143-237 (Fall 1995).

وبصفة خاصة في ص ١٤٩ ؛ أيضاً : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية عقدتها كلية الحقوق - جامعة الكويت في ١٠/٥/١٩٩٨ - منشورة في مجلة الحقوق - تصدرها جامعة الكويت - العدد الثالث - السنة ٢٢ سبتمبر ١٩٩٨ ، ص ص ٢٩١-٣٨٥ =

البنوك أو في غيرها من المؤسسات المالية داخل أو خارج البلاد من خلال فتح حسابات ، أو ودائع ، أو شراء أوراق مالية أو تزوير المستندات أو إخفاء بعضها أو بمساعدة بعض موظفي البنوك الذين يتسترون على ما يجري ، أو باستثمار الأموال في محلات للمجوهرات أو في غيرها مما يعرف بشركات الواجهة Front Companies أو بتحويل النقود إلى أوراق تجارية قابلة للتداول يسهل انتقالها من يد إلى يد ومن بلد إلى أخرى ، إلى غير ذلك من الأساليب^(٥) . واختيار طريقة دون أخرى خلال مرحلة الإيداع أو التوظيف يعتمد إلى حد بعيد على خبرة غاسلي الأموال وعلى الظروف المحيطة بعملياتهم^(٦) . ومرحلة الإيداع أو التوظيف هي أصعب مراحل غسل الأموال بالنظر إلى أن الأموال غير النظيفة تكون عرضة لافتراس أمرها ، لاسيما مع الكميات الهائلة من النقد التي يحوزها غاسلو الأموال^(٧) .

= وبصفة خاصة ص ٣٠٢ : أيضاً راجع : الدكتور حمدي عبدالعظيم . غسل الأموال في مصر والعالم (الطبعة الأولى : القاهرة ١٩٩٧) ص ٣٨ - ٣٩ : أيضاً :

Money Laundering Convention (14 Feb. 1988).

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت ١٩٨٨) وبصفة خاصة ٩ وما بعدها .

(٥) راجع :

Scott Sulzer, Money Laundering: The Scope of the Problem.....

المقالة المشار إليها سابقاً . ص ١٤٩ : أيضاً : ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد

الوطني ، حلقة نقاشية ٠٠٠٠ . المشار إليها سابقاً ، ص ٣٠٢ - ٣٠٣ : كذلك :

Louis de Koker, "Money Laundering: Trends in South Africa", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 27-41 (Summer 2002).

وبصفة خاصة في ص ٣٣ وما بعدها .

(٦) الدكتور جلال وفاء محمددين ، دور البنوك في مكافحة غسل الأموال ، سلسلة رسائل بنك

الكويت الصناعي ، ص ١٣ . العدد ٦٣ (ديسمبر ٢٠٠٠) ، الكويت .

(٧) راجع ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني . السابق الإشارة إليه ، ص ٣٠٢

=

: كذلك : ٣٠٣ -

ويجري في مرحلة الترقيد Layering فصل الأموال المشبوهة عن مصدرها ، وذلك بخلق عمليات معقدة بهدف التمويه على أصل ومصدر هذه الأموال ، مع تدعيم ذلك بالمستندات لتضليل الجهات الأمنية والرقابية للحيلولة دون اقتفاء المسار غير المشروع للأموال^(٨) . وتتميز مرحلة الترقيد بأنها أصعب من مرحلة التوظيف بالنسبة لسلطات مكافحة غسيل الأموال ، إذ يكون من العسير كشف كنهه أو حقيقة العمليات غير المشروعة بسبب استخدام بعض أدوات العمل المصرفي من جهة ، والتكنولوجيا الحديثة من جهة أخرى كاستخدام عمليات التحويل البرقي للنقود Wire Transfer والتحويل الإلكتروني Electronic Transfer واللذين تنتقل من خلالهما الأموال بسرعة فائقة إلى بنوك خارج البلاد مما يصعب معه ملاحقة أو تعقب مصدرها^(٩) . ويزيد الأمر تعقيداً أن الأموال المشبوهة عادة

=Peter Johnstone & Mark Jones, "The Facilitation of Money Laundering Through Western Europe and the United States by Russian Organised Crime Groups", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 119-203 (Winter 2000).

وبصفة خاصة في ص ٢٠٠ ؛ وأيضاً :

Ricardo M. Alba, "Fraud Control in Offshore Banking Centers", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 245-249 (Winter 2000).

(٨) راجع :

Money Laundering Convention....

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت ١٩٨٨) المشار إليه سابقاً ، ص ١١ ؛ أيضاً :

Guide to the Prevention of Money Laundering....

وبصفة خاصة ص ١٥ . أيضاً :

Donats Masciandaro, "The Illegal Sector, Money Laundering and the Legal Economy: a Macroeconomic Analysis", Volume 8 No. 2 Journal of Financial Crime, pp 103-112 (November 2000).

Scott Sulzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts (٩) to Combat it....

ما يتم تحويلها إلى بنوك في بلاد تتبنى قوانين صارمة للسرية المصرفية مثل جزر كايمان ، بنما ، جزر البهاما ، سويسرا ، باكستان ، ولكسمبورج^(١٠) .
وأخيراً ، ففي مرحلة التكامل أو الدمج Integration يتم تطهير الأموال غير النظيفه ، وذلك بإدماجها في عمليات ونشاطات اقتصادية مشروعة ، بحيث تبدو تلك الأموال منبئة الصلة عن النشاطات الإجرامية

=المشار إليه سابقاً ، ص ١٥٠ ؛ أيضاً

Guide to the Prevention of Money Laundering....

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٥ .

Scott Sulzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem (١٠)

السابق ، ص ١٥٠ ؛ كذلك راجع :

Ethan A. Nadelan, Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S. Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions, Volume 18 University of Miami Inter-American Law Review, pp. 33-81 (Fall 1986).

وبصفة خاصة ص ٥٢ وما بعدها .

وتجد السلطات القائمة على تعقب نشاط غيل الأموال صعوبات كبيرة في ملاحقة التحويلات الإلكترونية والبرقية التي ترد من العالم أجمع ليس فقط بسبب ضخامة وتشعب هذه التحويلات ولكن أيضاً بسبب الصعوبات الفنية الموجودة في نظام التحويلات الإلكترونية نفسه . ففي إحدى القضايا الحديثة تم إيداع الأموال المتحصلة عن جرائم المخدرات في عدة بنوك ، ثم تحويلها برقياً إلى حساب سري في أحد البنوك بمدينة تامبا *Tampa* بولاية فلوريدا الأمريكية ، ثم إعادة تحويل تلك الأموال مرة أخرى مروراً بينوك في ولاية نيويورك إلى بنوك في لكسمبورج ولندن حيث استخدمت في شراء شهادات إيداع *Certificate deposits* ثم استخدمت هذه الشهادات كضمان لقرض ضخّم تم الحصول عليه في *Nassau* ، وبعدئذ ، تم تحويل مبالغ القرض ذاته إلى الحساب السري في مدينة تامبا لتأخذ الأموال دورتها مرة أخرى في تجارة المخدرات في أوجواي .

راجع :

Scott Sulzer, Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat it....

المشار إليه سابقاً ، هامش (٣١) ص ١٥٠ .

التي تحصلت عنها^(١١)، وفي هذه المرحلة، يستغل غاسلو الأموال البنوك كمؤسسات مالية ذات أداء عالي المستوى لكي يقوموا من خلالها بتدوير الأموال غير النظيفة للتمويه على عدم شرعية الأموال^(١٢). كما تستخدم بعض أدوات العمل المصرفي كخطابات الاعتماد وخطابات الضمان؛ أو وسائل أخرى غير مصرفية كتأسيس شركات الواجهة، مباشرة تجارة الإستيراد والتصدير، شراء وبيع العقارات، وغيرها^(١٣).

(١١) راجع :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المرجع المشار إليه، ص ١٥ وما بعدها؛

Money Laundering Convention

من منشورات معهد الدراسات المصرفية، الكويت، المرجع المشار إليه ص ١٢؛ كذلك:
ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، حلقة نقاشية منشورة في مجلة الحقوق
- جامعة الكويت ٢٠٠٠

المشار إليها، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(١٢) راجع :

Louis de Koker, Money Laundering Trends in South Africa.....

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٣٤ وما بعدها؛

William Baity, Banking on Secrecy- The Price for Unfettered Secrecy and Confidentiality in the Face of International Organized and Economic Crime, Volume 8 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 83-86 (August 2000).

(١٣) راجع بصفة خاصة:

R.E.Bell, "The Prosecution of Lawyers for Money Laundering Offences", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 17-26.

وبصفة خاصة في ص ٢٠؛ أيضاً :

Guide to the Prevention of Money Laundering

المرجع المشار إليه، ص ١٦.

ويعتبر شراء العقارات وسيلة تقليدية لتدوير الأموال غير النظيفة مرة أخرى لتدخل في الاقتصاد القومي. ويمكن شراء العقارات بواسطة شركات واجبة باستخدام الأموال =

٢- مكافحة غسيل الأموال على المستويين الدولي والوطني:

(أ) على المستوى الدولي :

إدراكاً من المجتمع الدولي للآثار السلبية لغسيل الأموال على الاقتصاديات الوطنية وعلى الاقتصاد الدولي بصفة عامة ، فقد توالى الجهود الدولية للحد من جرائم غسيل الأموال وضبط المجرمين المساهمين فيها وعقابهم . وأبرز الجهود الدولية في هذا الخصوص:

(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإبتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨ ، والمعروفة باسم "اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨":

وتضمنت اتفاقية فيينا أحكاماً تتعلق بغسيل الأموال في مجال تجارة المخدرات كتجريم تحويل أو نقل الأموال مع العلم بأنها متحصلة من جريمة مرتبطة بتجارة المخدرات أو إخفاء أو كتمان أو إظهار مظهر كاذب، للتمويه على حقيقة تلك الأموال أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو إيداعها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها أو اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم - في كل الأحوال - بأنها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية أو من فعل ناشئ عن الاشتراك

=المشبوهة ، ثم يعاد بيعها ، فتبدو حيلة البيع وكأنها قد جاءت من مصدر مشروع ، وكذلك تكوين شركات واجهة ، ثم تقوم هذه الشركات بإقراض الأموال لبعض الأشخاص ، أو بالحصول على قروض صورية ونفوائد عالية وبحيث يتم استبعاد مبالغ الفوائد من احتساب الضرائب وبالتالي يحصل التهرب الضريبي، راجع:

Money Laundering Convention.....

المرجع المشار إليه (من منشورات معهد الدراسات المصرفية - الكويت ١٩٨٨)، ص ١٢ وما بعدها .

فيها^(١٤). كما تضمنت الاتفاقية المذكورة أحكاماً إجرائية للتعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين وعقابهم في جرائم غسيل الأموال^(١٥).

ولقد أصبحت اتفاقية فيينا نافذة على المستوى الدولي في الحادي عشر من نوفمبر عام ١٩٩٠ ، ولم تحتفظ أية دولة على ما تضمنته تلك الاتفاقية من أحكام^(١٦).

(١٤) راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions", Volume 60 Fordham Law Review, pp. S 467- S 500 (May 1992).

وبصفة خاصة ص ٤٤١ وما بعدها ؛ أيضاً :

Guide to the Prevention of Money Laundering

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٨.

وراجع خاصة المادة الثالثة من الإتفاقية المذكورة . كذلك أنظر :

Sideek Mohamed, "Legal Instruments to Combat Money Laundering in the EU Financial Market", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 66-79 (Summer 2002).

وبصفة خاصة ص ص ٦٦-٦٧.

أيضاً :

W.C. Gilmore, "International Efforts to Combat Money Laundering" (Cambridge Frotius Publications Limited - 1992).

(١٥) راجع المواد ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩ من اتفاقية فيينا ؛ وأنظر :

Money Laundering Convention....

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٩ وما بعدها ؛

أيضاً :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti-Money Laundering Policy", Volume 19 Brooklyn Journal of International Law, pp. 871-965 (1993).

وبصفة خاصة ص ص ٨٨٣-٨٨٤.

(١٦) راجع :

Money Laundering Convention....

=

(٢) توصيات بازل لعام ١٩٨٨ :

وقد صدرت هذه التوصيات عما يعرف "بمجموعة العشرة" وهي عبارة عن عدد من البنوك المركزية وبعض المؤسسات المالية ذات الطابع الإشرافي والتي اجتمعت في بازل بسويسرا عام ١٩٨٨^(١٧). وتتضمن

=من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت)، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٨؛
كذلك:

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها، ص ص ٤٤١-٤٤٢.

وهناك جهود أخرى، على المستوى الإقليمي، لا تقل في الأهمية عن الجهود الدولية. فعلى سبيل المثال، قامت الجماعة الأوروبية (*European Community (EC)*) بمجهودات لمكافحة غسيل الأموال، إذ اقترحت لجنتها - أي لجنة الجماعة الأوروبية - لائحة إرشادية في فبراير عام ١٩٩٠ لتسري على جميع الدول الأعضاء. وتوجب هذه اللائحة على المؤسسات المالية إبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة وتنظيم عمليات صرافة العملات الأجنبية. ولقد تبنى المجلس الوزاري للجماعة الأوروبية النص النهائي لهذه اللائحة في العاشر من يونيو عام ١٩٩١. ومن جهة أخرى، تبنت منظمة الدول الأمريكية *The Organization of American States* لوائح نموذجية لمكافحة غسيل الأموال المتعلقة بجرائم المخدرات والجرائم المرتبطة بها وذلك في مايو عام ١٩٩٢. ولقد شددت هذه اللوائح على المؤسسات المالية بضرورة مكافحة غسيل الأموال وتوسعت إلى حد كبير في فرض هذه الالتزامات على البنوك التجارية وبنوك الادخار وسماسرة الأوراق المالية ومكاتب صرف الشيكات والكمبيالات وغيرها. كما ألزمتها بإبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة ودون إعلام العملاء عن ذلك. كما قررت هذه اللوائح نظاماً للإقرار عن مبالغ العمليات المصرفية التي يودعها العملاء في البنوك وخروجاً على مقتضيات الرية المصرفية. راجع في ذلك:

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations...

المقالة المشار إليها سلفاً، ص ص ٤٤٩-٤٥٢.

=

(١٧) راجع:

التوصيات المذكورة العديد من المبادئ التي يتعين على المصرفيين اتباعها للسيطرة على عمليات غسيل الأموال ومكافحتها لمنع استخدام البنوك كقنوات لتسهيل إخفاء أو تنظيف الأموال المشبوهة^(١٨).

(٢) توصيات مجموعة السبعة G 7:

وقد أسفرت تلك التوصيات عن إنشاء لجنة عمل مالية خاصة Financial Action Task Force (FATF) بهدف اتخاذ خطوات فعالة لمكافحة غسيل الأموال ، وأقرت اللجنة المذكورة أربعين توصية في هذا الخصوص^(١٩) . وتعرض بعض هذه التوصيات لمسئولية البنوك عن عمليات

=Kern Alexander, "The International Anti-Money-Laundering Regime: The Role of The Financial Action Task Force", Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 231-248 (Winter 2001).

وبصفة خاصة في ص ٢٣٦ وما بعدها . ويلاحظ أن توصيات بازل غير ملزمة قانوناً حتى بالنسبة لمجموعة العشرة كما لا تتضمن أية آلية لاحترام وتنفيذ مبادئها . أنظر ص ٢٣٧ من ذات المقالة المذكورة .

(١٨) المقالة السابقة ص ٢٣٦ وما بعدها . ومن أهم ما قرره لجنة بازل أنه على الرغم من أن البنوك ليس عليها التزام عام بالتحقق من مشروعية كل عملية مصرفية تقوم بها ، إلا أنها لا يجب أن تقف موقفاً سلبياً في حالة استخدام النظام البنكي لأغراض إجرامية ولا اهتزت الثقة في البنوك . وعليه ، ينبغي على البنوك بذل أقصى درجات العناية والجهد للتعرف على هوية المتعاملين معها ، وكما يجب على البنوك التعاون مع السلطات المختصة للكشف عن العمليات المريبة . راجع:

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٤٤-٤٤٥ .

(١٩) أنظر:

Kern Alexander, "The International Anti-Money-Laundering Regime....

=

المقالة المشار إليها ، ص ٢٣٩ وما بعدها ؛ كذلك :

غسيل الأموال ، وما يتعين على البنوك اتخاذه من تدابير للحد من تلك العمليات^(٢٠). وقد انضم للعمل مع تلك اللجنة العديد من الأعضاء منهم مجلس التعاون لدول الخليج العربي^(٢١).

وترجع أهمية التوصيات الصادرة عن تلك اللجنة (FATF) إلى اعتبارها وثيقة عمل دولية لإحداث تغييرات في مجال العمل المصرفي لتأكيد وتفعيل دور البنوك في مواجهة ومكافحة عمليات غسيل الأموال^(٢٢).

=Sideek Mohamed, "Legal Instruments to Combat Money Laundering in the EU Financial Market", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 66-79 (Summer 2202).

وبصفة خاصة في ص ٦٧ وما بعدها؛ أيضاً:

Jackie Johnson and Y.C. Desmond lim, "Money Laundering: Has the Financial Action Task Force Made a Difference?" Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 7-22 (July 2002). Dayanath Jayasuria, "Money Laundering and Terrorism Financing: The Role of Capital Market Regulators", Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 30-36 (July 2002).

وبصفة خاصة في ص ٣٠ وما بعدها.

Kern Alexander, The International Anti-Money-Laundering Regime... (٢٠)

المقالة المشار إليها ، ص ٢٣٩ وما بعدها. وفي هذا الخصوص ، فإن التوصيات الأربعين تلقي بمسئولية كبيرة على المؤسسات المالية ، لاسيما فيما يتعلق بالتحقق من هوية المتعاملين معهم والمستفيدين الحقيقيين من الحسابات المفتوحة لديهم . راجع المقالة المذكورة ، ص ٢٣٩. (٢١) ومن هؤلاء دول عديدة وبعض المنظمات الإقليمية مثل دول مجلس التعاون الخليجي والاتحاد الأوروبي ، راجع:

Money Laundering Convention....

المرجع المشار إليه ، من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، ص ١٩ وما بعدها؛ أيضاً:

Sideek Mohamed, Legal Instruments to Combat Money Laundering....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٧.

Kern Alexander, The International Anti-Money-Laundering... (٢٢)

المقالة المشار إليها ، ص ٢٣٩.

(٤) مبادئ ولفزبرج :Wolfsberg

في الثلاثين من أكتوبر عام ٢٠٠٠ تم الإعلان عن مبادرة هامة من جانب بنوك القطاع الخاص لمكافحة عمليات غسل الأموال حيث قام أحد عشر بنكاً من كبريات البنوك العالمية بتوقيع لائحة إرشادية لمجموعة من المبادئ وذلك في مدينة ولفزبرج Wolfsberg بسويسرا^(٢٣)، والتي أصبحت تعرف بمبادئ ولفزبرج نسبة إلى تلك المدينة^(٢٤). وقد سارعت هذه البنوك إلى إرساء تلك الإرشادات بعد حصول عدد من الفصائح المالية في بعض البنوك الكبرى مثل سيتي بنك، وبنك أوف نيويورك وغيرها^(٢٥).

Kir Hinterseer, "The Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles", (٢٣) Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 27-41 (2001).

وبصفة خاصة في ص ٢٧. والبنوك الإحدى عشر التي وضعت مبادئ ولفزبرج هي:

Citibank – JP Morgan – Chase, HSBC – Barclays – Banco Stander Central Hispano – Société Générale, Deutsche Bank, ABN AMRO, Credit Suisse and UBS.

راجع :

Hans-Peter Bauer and Martin Peter, "Global Standards for Money Laundering Prevention", Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 69-72 (July 2002).

وبصفة خاصة في ص ٦٩.

(٢٤) أنظر :

Kir Hinterseer, "The Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles....

المقالة السابقة، ص ٢٧.

(٢٥) المقالة السابقة، ص ٢٧ وما بعدها؛ أيضاً :

Toby Graham, "What's Behind the Wolfsberg Principles?" Volume 4 No. 4 Journal of Money Laundering Control, pp. 348-349 (Spring 2001).

وبصفة خاصة في ص ٣٤٨.

ومبادئ ولفزبرج عبارة عن مجموعة من الإرشادات التي يتعين على البنوك مراعاتها عند إنشاء واستمرار العلاقات المصرفية مع العملاء ، لاسيما مع كبار العملاء خاصة من الدول التي تعرف أولها سمعة في مجال الجريمة^(٢٦) . وهي مبادئ اختيارية ، ومفتوحة لكل بنك ولا تقتصر على البنوك الإحدى عشر التي وقعت عليها^(٢٧) . كما تتميز هذه المبادئ بأنه لا يوجد ثمة جزاء قانوني على مخالفتها ، ومع ذلك فهي تستمد احترامها وأهميتها من فعاليتها ووضع الضوابط للعمل الداخلي في البنوك لمكافحة غسيل الأموال ، وذلك حرصاً على سمعة البنوك^(٢٨) .

(٥) قرار مجلس الأمن رقم ١٢٧٢ الصادر في ٢٨/٩/٢٠٠١:

إثر أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ ، ودعماً للاتجاه الدولي لمكافحة الإرهاب ، أصدر مجلس الأمن الدولي في ٢٨/٩/٢٠٠١ القرار رقم ١٣٧٣ والذي دعا فيه جميع الدول إلى القيام دون أي إبطاء بتجميد

(٢٦) Toby Graham, *What's Behind the Wolfsberg Principles...*

المقالة السابقة ، ص ٣٤٨.

(٢٧) راجع :

Sideek Mohamed, *Legal Instruments to Combat Money Laundering...*

المقالة المشار إليها ، ص ٦٨ وما بعدها ؛ أيضاً :

Hans-Peter Bauer and Martin Peter, *Global Standards for Money Laundering...*

المقالة المشار إليها ، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢٨) Toby Graham, *What's Behind the Wolfsberg Principles...*

المقالة المشار إليها ، ص ٣٤٨. وفي شرح تفصيلي لهذه المبادئ وآثارها على مكافحة عمليات غسيل الأموال ، راجع :

Kir Hinterseer, *The Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles...*

المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة ص ٢٦-٣٩.

الأموال أو أي أصول أخرى أو أي موارد اقتصادية أو مالية تعود بطريقة مباشرة لأشخاص أو هيئات معينين بارتكاب الأعمال الإرهابية^(٢٩).

وتقوم الأمم المتحدة بتوزيع طلبات ونشرات على البنوك في دول العالم بأسماء الأشخاص والهيئات التي ينبغي وقف التعامل معها وتجميد حساباتهم^(٣٠). كما تقوم الولايات المتحدة الأمريكية بتوزيع نشرات على البنوك لنفس الغرض. ونرى أن البنوك المحلية عليها الالتزام بتلك الطلبات والمنشورات إذا وردت إليها عن طريق البنك المركزي في الدولة التي تتبعه تلك البنوك.

(٢٩) وأحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ تمثلت في الهجوم على برجَي التجارة العالمي

بمدينة نيويورك راجع:

Fletcher N. Baldwin, Jr. "Money Laundering Countermeasures with Primary Focus upon Terrorism and the USA Patriot Act 2001", Volume 6 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 105-136 (2002).

وبصفة خاصة ص ١١٠؛ أيضاً:

Kevin E. Davis, "Legislation Against the Financing of Terrorism: Pitfalls and Prospects" Volume 10 No. 3 Journal of Financial Law Crime, pp. 269-274 (January 2003).

Fletcher N. Baldwin, Jr. "Money Laundering Countermeasures...." (٣٠)

المقالة السابقة. ويلاحظ أن صندوق النقد الدولي IMF أعلن في ١٧ نوفمبر ٢٠٠١ عن تبني قرار مجلس الأمن. راجع ذات المقالة، ص ١١٠. وجدير بالذكر أن لجنة العمل المالية الدولية FATF أصدرت وتبنت في ٣١ أكتوبر ٢٠٠١ ما يعرف بالتوصيات الثمانية الخاصة لمكافحة تمويل الإرهاب والتي تستهدف منح الحكومات سلطات قوية لتجميد الحسابات المشبوهة والإفصاح عن العمليات المشبوهة وقوائم عن الدول التي تزعى الإرهاب. ولو أخفقت أية دولة في الانصياع لهذه التوصيات وعدم تنفيذها بدقة، فإنها تعرض البنوك والعاملين فيها لخطر الاستبعاد من السوق العالمي. راجع في مزيد من التفصيل:

Sideek Mohamed, Legal Instruments to Combat Money Laundering....

وبصفة خاصة ص ٦٧.

ب - على المستوى الوطني :

بادرت العديد من الدول إلى إصدار تشريعات خاصة بمكافحة غسيل الأموال^(٣١)، وكانت الولايات المتحدة الأمريكية لها الريادة في هذا الشأن بإصدارها قانون سرية الحسابات لعام ١٩٧٠ وتعديلاته المختلفة لإلزام البنوك والمؤسسات المالية بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي تعادل أو تزيد عن مبالغ معينة^(٣٢)، ثم صدر بعدئذ قانون السيطرة على غسيل الأموال لعام ١٩٨٦ والذي جرم بعض أشكال من السلوك كالقيام أو الاشتراك في أية عملية تتضمن أو تنطوي على أموال متحصلة من مصدر غير مشروع ، ونقل

(٣١) لمزيد من التفصيل عن التشريعات في مجال مكافحة غسيل الأموال . راجع بصفة خاصة:

Jackie Johnson, "Blacklisting: Initial Reactions, Responses and Repercussions", Volume 4 No. 3 *Journal of Money Laundering Control*, pp. 221-225 (Winter 2001).

أيضاً:

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subergime: The Implementation of Anti-Money Laundering Policy", Volume 19 *Brooklyn Journal of International Law*, pp. 871-965 (1993).

وفي الفقه العربي، راجع: الدكتور حمدي عبدالعظيم، غسيل الأموال والعالم (الطبعة الأولى، ١٩٩٧ - القاهرة).

(٣٢) ويلاحظ أن قانون سرية الحسابات الأمريكي لعام ١٩٧٠ ينطبق فقط على المؤسسات المالية ويلزمها بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي تعادل أو تزيد عن مبلغ قدره عشرة آلاف دولار أمريكي - راجع:

Duncon E. Alford, *Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions....*

المقالة المشار إليها، ص ٤٥٦-٤٥٧.

وأيضاً:

Frank O. Browman, "The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: An Analysis and Legislative History", Volume 35 *Indiana Law Review*, pp. 5-101 (2001).

وبصفة خاصة في ص ٣١ وما بعدها.

وتحويل تلك الأموال دولياً ، وإعادة هيكلة الإيداعات^(٣٣) . كما قرر قانون تطوير المحاكمات عن غسيل الأموال مسئولية موظفي البنوك لمساهمتهم عن جرائم غسيل الأموال^(٣٤) . وفي عام ١٩٩٢ صدر قانون يتبنى توصيات لجنة العمل المالية الدولية FATF لمكافحة غسيل الأموال^(٣٥) . وفي عام

(٣٣) المقالة السابقة ، ص ٤٥٧-٤٥٨.

وكان الكونجرس قد اصدر في عام ١٩٨٤ قانون غسيل الأوراق النقدية أو ما يعرف *Laundering of Monetary Instruments* . ويتميز هذا القانون بنطاق تطبيقه الواسع ، إذ ينطبق ليس فقط على العمليات التي تحدث داخل الإقليم الأمريكي ، ولكن له أيضاً أثر متعبد للإقليم *Extra-territorial effect* . ويجرم هذا القانون عمليات نقل الأوراق المالية عبر الحدود الأمريكية وبما يتطلبه ذلك من إثبات علم المتهم بأنه قام بنقل أو تحويل أوراق مالية عبر الحدود الأمريكية بالدخول أو الخروج بها لغسل الأموال . ولقد توسع هذا القانون في تعريف مفهوم الأداة النقدية ليشمل الأموال السائلة (النقود) أي سواء النقود الورقية والمعدنية سواء بالعملة الأمريكية أو أي عملة أجنبية أخرى ، وكذلك الشيكات السياحية ، والشيكات الشخصية ، والشيكات المسحوبة على البنوك ، وأوامر الدفع ، وشهادات الاستثمار ، والأوراق التجارية . ومن جهة أخرى ، توسعت المحاكم الأمريكية في تفسير عبارة "نقل تحويل الأوراق المالية" لتشمل أي حركة لأموال من أو إلى الولايات المتحدة . أنظر في ذلك:

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it....".

المقالة المشار إليها ، ص ١٥٩ وما بعدها .

(٣٤) وقد صدر في عام ١٩٨٨ قانون تطوير المحاكمات عن غسيل الأموال :

Money Laundering Prosecutions Improvement Act.

راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations...."

المقالة المشار إليها ، ص ٤٥٩-٤٦٠.

(٣٥) ويعرف هذا القانون بـ :

Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act.

=

راجع :

١٩٩٤ صدر قانون قمع غسيل الأموال بغرض دعم الحكومة الفيدرالية
لرقابة عمليات تحويل الأموال ، لاسيما تلك التي تتم من خلال المؤسسات

=Scott Sultzer, *Money Laundering: The Scope of the Problem*.....

المقالة المشار إليها ، ص ٢١٤-٢١٥.

وكان السبب الرئيسي لإصدار هذا القانون هو إنبهار بنك الاعتماد والتجارة الدولي ، إذ
اكتشفت الحكومة الأمريكية أن ليس لها سلطة إغلاق هذا البنك في الولايات المتحدة
الأمريكية على الرغم من إدانته بجرائم غسيل الأموال . راجع :

Duncan E. Alford, Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها ص ٤٦٠-٤٦١.

وطبقاً للقانون المذكور تتعرض البنوك للإغلاق في حالة القيام بعمليات غسيل الأموال أو
التورط فيها . وعليه ، يكون لبنك الاحتياطي الفيدرالي اتخاذ إجراءات إنهاء أعمال وإغلاق
أي فرع لبنك أجنبي يتم إدانته في إحدى عمليات غسيل الأموال . كما يفقد البنك الأجنبي
رخصة القيام بالأعمال المصرفية في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق أي فرع آخر .
أضف إلى ذلك ، أنه في حالة إدانة أحد البنوك الأمريكية بجريمة غسيل الأموال ، فإنه يفقد
الترخيص لممارسة الأعمال المصرفية ، كما يخسر الوديعة التأمينية التي يقوم بإيداعها لدى
بنك الإحتياطي الفيدرالي . وتهدف هذه العقوبات إلى تحذير وردع البنوك من التورط في
عمليات غسيل الأموال . ولكي يتمكن البنك من الاحتفاظ بترخيصه وعدم ضياع وديعته
التأمينية ، فإنه يجب عليه إثبات بذل أقصى درجات العناية اللازمة لمنع غسيل الأموال وذلك
بإبراز إتخاذ إجراءات الحذر والاحتياطات اللازمة للحيلولة دون التورط في ذلك ، مثل
إتخاذ الإجراءات الوقائية المعتادة لمواجهة غسيل الأموال ، والتعاون مع السلطات المختصة
بالمكافحة للكشف عن المعاملات المشبوهة ، وعدم تورط الموظفين في تلك العمليات ،
والالتزام بالأصول المصرفية المعتادة للتعرف على هوية العملاء والإسكاف بالسلطات التي تبين
التحويلات البرقية . راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations....

المقالة المشار إليها ، ص ٤٦١-٤٦٢ ؛ أيضاً :

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem....

المقالة المشار إليها ، ص ٢١٦.

المالية غير المصرفية^(٣٦)، وأخيراً، صدر قانون PATRIOT لعام ٢٠٠١

(٣٦) وهذا القانون يعرف بـ:

The Money Laundering Suppression Act (MLSA).

وقد أدخل هذا القانون بعض التعديلات على قانون سرية البنوك من أجل تخفيف الواجبات اللانحجية على البنوك وذلك بإعفاء بعض العملاء وبعض المعاملات التي تزيد عن عشرة آلاف دولار من الالتزام بالإقرار، وبدعم قدرة الحكومة الفيدرالية لرقابة عمليات تحويل النقود وبصفة خاصة، يستهدف قانون *MLSA* قمع غسيل الأموال الذي يتحقق من خلال المؤسسات المالية غير المصرفية. إذ ألزم هذا القانون الولايات المختلفة بالقيام وقبل نهاية عام ١٩٩٢ بسن قوانين موحدة *Uniform Codes* للترخيص وتنظيم أعمال المكاتب والشركات التي تتولى القيام بأعمال الصرافة، تحويل النقود، إصدار أوامر الدفع، الشيكات السياحية، الشيكات القابلة للدفع وغيرها من الأوراق التجارية وذلك بقصد حماية نظم الدفع من الاختراق أو إساءة استخدامها من غاسلي الأموال.

كما تطلب قانون *MLSA* أن تقوم الولايات المختلفة بإصدار قوانين لتقرير جزاءات مدنية وجنائية في حالة عدم الالتزام بشروط تأسيس وعمل المؤسسات المالية. كما أوجب القانون تسجيل هذه المؤسسات لدى وزارة الخزانة الأمريكية وبما يتطلبه ذلك من الإعلان عن أسماء المالكين أو المساهمين فيها، وتشكيل الإدارة والقائمين عليها وحجم النشاط والأعمال وغيرها من البيانات الجوهرية. كما قرر القانون عقوبة الغرامة بمبلغ قدره خمسمائة ألف دولار أمريكي في اليوم الواحد بسبب مخالفة أحكام التسجيل لدى وزارة الخزانة الأمريكية أو بسبب إعطاء بيانات غير حقيقية، بالإضافة إلى عقوبة السجن التي قد تصل إلى خمس سنوات.

راجع: Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem..."
المقالة المشار إليها، ص ٢١٦-٢١٧.

ولقد وافق مجلس النواب الأمريكي في عام ١٩٩٨ على مشروع قانون متكامل لدفع غسيل الأموال *Money Laundering Deterance Act (MLDA)*، إلا أن هذا المشروع لم يَرُ النور لعدم إقرار مجلس الشيوخ له بسبب بعض المشكلات السياسية مع الإدارة الأمريكية في ذلك الوقت. ويستهدف هذا المشروع تطوير القوانين السابقة وزيادة فعاليتها من حيث =

والذي استهدف تشديد العقاب على جرائم غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، ومنح وزارة الخزانة والهيئات الفيدرالية سلطات واسعة لمكافحة غسيل الأموال . ويتميز هذا القانون باتساع نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص وبما يشمل كافة المؤسسات المالية والمتعاملين معها ، فضلاً عن الإجراءات الصارمة التي قررها للحد من العمليات المشبوهة^(٣٧) .

=الوسائل والتدابير التي يمكن اتخاذها لمنع الجرائم المالية . ومن المنتظر إعادة محاولة مناقشة وطرح هذا التشريع مرة أخرى للحصول على إقرار مجلس الشيوخ . أنظر:

Bruce Zagaris, "A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters", Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 1032-1116 (1999).

وبصفة خاصة في ص ص ١٠٣١-١٠٣٢.

(٣٧) وبإلا حظ أن البعض يترجم عبارة *USA PATRIOT Act* بأنه "القانون الوطني" الأمريكي أخذاً بالمعنى اللغوي للكلمة . وهذه ترجمة غير صحيحة على الإطلاق للقانون المذكور، إذ أن *USA PATRIOT Act* هي اختصار لاسم القانون نفسه وهو: "The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism".

أنظر :

Bruce Zagaris, "United States Enacts Counterterrorism Act with Significant New International Provisions" Volume 17 International Enforcement Law Reporter, p 522 (December 2002).

أيضاً :

Comment, "Responding to Terrorism: Crime, Punishment and War" Volume 115 Harvard Law Review 217 (2002).

وقد تم سن قانون *PATRIOT* في أعقاب أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ بالهجوم على برج التجارة العالمي في مدينة نيويورك . ويستهدف القانون المذكور بالدرجة الأولى بسط ومد الاختصاص العقابي الأمريكي ليطال البنوك الأجنبية التي تحتفظ بحسابات وسيطة *correspondant* أو *interbank* في الولايات المتحدة حيث يتطلب أن تلتزم البنوك بإجراءات صارمة لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، وإلا تعرضت لمصادرة الحسابات والأموال المشبوهة . كما شدد القانون المذكور العقوبات والجزاءات المدنية على =

كما صدرت في كل من انجلترا وفرنسا قوانين لنفس الغاية . فقد سنت انجلترا في عام ١٩٨٦ قانون Drug Trafficking Offense Act وهو من أقوى القوانين الأوروبية لمكافحة غسيل الأموال بما تضمنه ذلك القانون من نصوص تلزم بالتحقيق في النشاطات غير المشروعة ، خاصة المخدرات ، والعقاب على إخفاء أو تدوير أو استثمار الأموال المتحصلة عنها ، ومصادرة الأموال المشبوهة ، فضلاً عن العقوبات الأخرى^(٣٨) . وفي عام ١٩٩٠ صدر أيضاً في انجلترا قانون التعاون الدولي في مجال العدالة الجنائية The Criminal Justice of International Cooperation للعقاب على أي سلوك أو نشاط للإخفاء أو التمويه أو الإحلال أو التحويل أو نقل العائدات لجرائم المخدرات، وبما يتطلبه ذلك من التطبيق الصارم

=المؤسسات المالية وغيرها من أشخاص تخضع للقانون في حالة التورط في غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب ، فضلاً عن إجراءات دقيقة للمراقبة والإشراف للأشخاص الخاضعين له .
راجع بصفة خاصة:

Ethan Preston, "The USA PATRIOT Act: New Adventures in American Extra-territoriality" Volume 10 No. 2 Journal of Financial Crime, pp. 104-116 (October 2002).

كذلك :

Fletcher N. Baldwin, Jr., "Money Laundering Countermeasures with Primary Focus upon Terrorism and the USA PATRIOT Act 2001" Volume 6 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 105-136 (2002); Jackie Johnson "11th September, 2001: Will it Make a Difference to the Global Anti-Money Laundering Movement? Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9-16 (Summer 2002).

(٣٨) راجع :

Bruce Zagaris & Sheila M.Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime...."

المقالة المشار إليها ، ص ص ٩٣٣ - ٩٣٥ .

لسياسة اعرف عميلك^(٣٩). كما سنت فرنسا عدة قوانين لمكافحة غسيل الأموال ، كان أولها قانون عام ١٩٨٧ لعقاب غاسلي الأموال في مجال المخدرات ، ثم في عام ١٩٩٠ باصدار قانون يحرم اشتراك أو تورط البنوك والمؤسسات المالية الأخرى كقنوات لتطهير الأموال المشبوهة ، حيث فرض القانون الأخير على البنوك التزامات شديدة بغرض التعرف على العمليات المشبوهة والإخطار عنها ، وأخيراً ، صدر في فرنسا أيضاً في عام ١٩٩٦ تشريع باستحداث الكثير من الأحكام في مجال التجريم والعقاب على غسيل الأموال^(٤٠).

وحديثاً صدرت في العديد من الدول العربية قوانين لمكافحة غسيل

(٣٩) المقالة السابقة ، ص ٩٣٦ : أيضاً :

Robert Wardie, "Money Laundering: A Prosecutor's Perspective", Volume 3 No. 2 *Journal of Money Laundering Control*, pp. 125-127 (Autumn 1999).

وفي التطورات الحديثة في القانون الإنجليزي في مجال مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب . راجع :

John Rhodes, "The Impact of UK Money-Laundering Legislation on Fiscal Crime", Volume 8 No. 2 *Journal of Financial Crime*, pp. 117-122 (November 2000).

كذلك :

R. E. Bell, "Discretion and Decision Making in Money Laundering Prosecutions", Volume 5 No. 1 *Journal of Money Laundering Control*, pp. 42-51.

Bruce Zagaris & Sheila Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime..." (٤٠).

المقالة المشار إليها ، ص ٩٣٧ - ٩٤٠.

راجع كذلك :

Richard Parlour, "International Guide to Money Laundering Law and Practice (Butterworths - London 1995).

وبصفة خاصة ص ٦٣ وما بعدها .

الأموال ٠ ففي لبنان صدر قانون تبييض الأموال رقم ٣١٨ لعام ٢٠٠١^(٤١)، كما سنت مصر القانون رقم ٨٠ لعام ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال^(٤٢)، كما تمت الموافقة في دولة الإمارات العربية على القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال^(٤٣)، كما صدر في دولة الكويت القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال^(٤٤).

(ج) جهود دولة الكويت في مكافحة غسيل الأموال :

حرصت دولة الكويت على مكافحة غسيل الأموال بالاشتراك في أعمال لجنة العمل المالية الدولية FATF من خلال دول مجلس التعاون الخليجي في عام ١٩٩٢ ، ثم بالتصديق على اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨^(٤٥) . كما قام بنك الكويت المركزي بجهد واضح في هذا الخصوص ، إذ طلب

(٤١) قانون رقم ٣١٨ بشأن مكافحة تبييض الأموال ، الجريدة الرسمية - العدد ٢٠ في (٢٠٠١/٤/٢٦) لبنان. وقد نصت المادة السابعة عشر من القانون المذكور على أن يعمل به فور نشره في الجريدة الرسمية.

(٤٢) قانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال - الجريدة الرسمية - العدد ٢٠ (مكرر) في ٢٢ مايو سنة ٢٠٠٢ (مصر) . وقد نصت المادة الثالثة من قانون إصدار القانون المذكور على أن يعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره .

(٤٣) قانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال - الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة - السنة الثانية والثلاثون - العدد ٣٧٦ (٢٢ ذو القعدة ١٤٢٢ هجرية، الموافق ٥ فبراير ٢٠٠٢ ميلادية) .

(٤٤) قانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال ، جريدة الكويت اليوم ملحق العدد ٥٥٧ - السنة الثامنة والأربعون (١٢ محرم ١٤٢٣ هـ، الموافق ٢٠٠٢/٣/٢٦ م) .

Money Laundering Convention

(٤٥)

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المشار إليه ، ص ١٩ وما بعدها .

إلى البنوك المحلية عام ١٩٩٣ اتخاذ ما يلزم لتطبيق عدد من التوصيات الأربعين للجنة العمل المالية الدولية FATF ، ثم أصدر تعليماته رقم (٢/ر ب/٥٠/٩٧) إلى كافة البنوك المحلية في شأن مكافحة عمليات غسل الأموال والعمليات المشبوهة والتي تضمنت عدداً من الإجراءات والقواعد التي يتعين على البنوك اتباعها مع دليل الإرشادات لأنماط من المعاملات المشبوهة^(٤٦).

وتوجت الكويت جهودها بإصدار القانون رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٢ في شأن مكافحة غسل الأموال لتساير به الإتجاه المعاصر من المشرع في كثير من الدول^(٤٧). كما أصدر البنك المركزي في ٢٢/١٠/٢٠٠٢ التعليمات رقم (٢/ر ب/٩٢/٢٠٠٢) الخاصة بمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب وذلك للعمل بها من البنوك المحلية اعتباراً من الأول من ديسمبر عام ٢٠٠٢ مع دليل الإرشادات لأنماط من المعاملات المشبوهة^(٤٨).

(٤٦) تعليمات رقم (٢/ر ب/٥٠/٩٧) إلى كافة البنوك المحلية في شأن مكافحة عمليات غسل الأموال والعمليات المشبوهة. المؤرخة ١٧ نوفمبر ١٩٩٧.

(٤٧) جريدة الكويت اليوم، ملحق العدد ٥٥٧ (٢٦/٣/٢٠٠٢).

(٤٨) تعليمات رقم (٢/ر ب/٩٢/٢٠٠٢) بشأن مكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب (صادرة في ٢٢/١٠/٢٠٠٢). وراجع بصفة خاصة فقرة (٢٣) من التعليمات المذكورة، ص ١٠. كما صدر القرار الوزاري رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب (منشور بجريدة الكويت اليوم - العدد ٥٩٤ في ٨/١٢/٢٠٠٢)، وبموجب القرار الوزاري المذكور تم إنشاء لجنة وطنية لمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب برئاسة وكيل وزارة المالية وممثلين عن وزارة العدل، وزارة الخارجية، وزارة المالية، وزارة الداخلية، وزارة التجارة والصناعة، بنك الكويت المركزي، الإدارة العامة للجمارك، =

ويضم القانون الكويتي المذكور أربعة فصول تناول على التوالي التعريف بعمليات غسيل الأموال وجرائمها ، والتزامات المؤسسات المصرفية والمالية والجهات الحكومية ، ثم العقوبات وبعض الأحكام الخاصة ، وأخيراً التعاون الدولي .

تقسيم :

ونتناول فيما يلي بالشرح والتحليل أحكام القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وتعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٩٢/٢٠٠٢) الخاصة بمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب مقارناً بأحكام كل من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال ، والقانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن مكافحة تبييض الأموال ، والقانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال بدولة الإمارات العربية المتحدة ، وذلك في

=سوق الكويت لأدوار المالية. إتحاد المصارف الكويتية. ويناط باللجنة المذكورة رسم استراتيجية الدولة في مجال مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، ومشاريع القوانين اللازمة وتعديلياً وتحديثاً وإعداد اللوائح التنفيذية والتنسيق بين وزارات وإدارات الدولة في مجال مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، فضلاً عن باقي الاختصاصات والمهام الأخرى الواردة في المادة (٢) من القرار الوزاري المشار إليه - عن مكافحة تمويل الإرهاب في الفقه الغربي . راجع :

"An Overview – Impact of Initiative Against Terrorist Property on Banks and Financial Institutions", Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control pp. 217-232 (Winter 2003).

أيضاً :

Kern Alexander, "International Legal Developments – Critical Review of Terrorist – Related Legislation and the Monitoring of New Legislation", Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 201-216 (Winter 2003).

ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : جرائم غسيل الأموال والعقاب عليها.

المبحث الثاني : التزامات البنوك والمؤسسات المالية والجزاءات.

المبحث الثالث : أنماط المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال والتحري

والإبلاغ عنها.

المبحث الأول

جرائم غسيل الأموال والعقاب عليها

تمهيد وتقسيم :

أخذ المشرع الكويتي بتعريف واسع لعملية غسيل الأموال . فاقصر على وصف العملية ذاتها دون اللجوء إلى حالات أو أمثلة لها ، وذلك على خلاف المشرع في دول أخرى كما في لبنان ومصر ودولة الإمارات العربية المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية . كما تعرض القانون الكويتي للأفعال التي يشكل كل منها جريمة غسيل أموال ، باعتبار أن هذه الأفعال أصبحت تشكل جرائم معاقباً عليها بالقانون بعقوبات محددة وشديدة وفيها إلى حد بعيد خروج على الأحكام العامة في قانون الجزاء . وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : جرائم غسيل الأموال .

المطلب الثاني : العقوبات .

المطلب الأول

جرائم غسيل الأموال

أولاً - تعريف عمليات غسيل الأموال :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ (القانون الكويتي) على أن "عمليات غسيل الأموال هي عملية أو مجموعة من عمليات مالية أو غير مالية ، تهدف إلى إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال أو عائدات أي جريمة وإظهارها في صورة أموال أو عائدات متحصلة من مصدر مشروع ، ويعتبر من قبيل هذه العمليات كل فعل يساهم في عملية توظيف أو تحويل أموال أو عائدات ناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن جريمة أو إخفاء أو تمويه مصدرها"^(١).

(٤٩) المادة (١) من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢. وقد عرّفت المادة الثانية من القانون اللبناني بشأن تبييض الأموال ذلك بأن :
"يعتبر تبييض أموال كل فعل يُقصد منه:

- ١- إخفاء المصدر الحقيقي للأموال غير المشروعة أو إعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر بأي وسيلة كانت .
- ٢- تحويل الأموال أو استبدالها مع العلم بأنها أموال غير مشروعة لغرض إخفاء أو تمويه مصدرها أو مساعدة شخص ضالع في ارتكاب الجرم على الإفلات من المسؤولية .
- ٣- تملك الأموال غير المشروعة أو حيازتها أو استخدامها أو توظيفها لشراء أموال منقولة أو غير منقولة أو للقيام بعمليات مالية مع العلم بأنها أموال غير مشروعة"^{١٠} أما المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ ، فجاء تعريفها لغسل الأموال بأنه : "غسل الأموال هو كل عمل ينطوي على نقل أو تحويل أو إيداع أموال أو إخفاء أو تمويه حقيقة أموال متحصلة بطرق غير قانونية ومن نشاط غير مشروع وذلك وصولاً لإظهارها على أنها نابعة من مصادر شرعية خلافاً للحقيقة"^{١١} كما تعرّفه المادة ١/ب من القانون المصري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٢ بأنه "كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها =

ويتضح من هذا النص أن الهدف من عملية غسل الأموال هو قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن جريمة ما ومصدرها غير المشروع ، وذلك بأية صورة^(٥٠) . ويكون ذلك بإخفاء هذه الأموال كتهريبها خارج حدود الدولة إلى دولة تتمتع الحسابات المصرفية فيها بالسرية التامة^(٥١) ، أو التمويه حول مصدرها كإنشاء شركات الواجهة ، وهي تلك الشركات التي لا تنهض بالأغراض المنصوص عليها في عقود تأسيسها وتقوم بالوساطة في

=أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك ، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تموينه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصّل منها المال " .

أما تعريف لجنة العمل المالية الدولية FATF لغسل الأموال ، فهو كما يلي:

"The Conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from a criminal offence, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or offences to evade the legal consequences of such actions; the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from a criminal offence; (and) the acquisition, possession, or use of property, knowing at the time of receipt that such property was derived from a criminal offence or from an act of participation in such offence".

راجع :

FATF on Money Laundering Report II (B) (1990).

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions....

المقالة المشار إليها ، في ص ٤٣٧ .

(٥١) المقالة السابقة ، ص ٤٤١-٤٤٢ .

عمليات غسيل الأموال^(٥٢) ، أو من خلال القيام بالتصرفات العينية-كشراء المعادن النفيسة أو العقارات كخطوة أولى ، ثم التصرف فيها بالبيع مقابل الحصول على شيكات مصرفية بقيمة الأشياء المباعة ، ثم تستخدم هذه الشيكات المصرفية لاحقاً في شكل حسابات تفتح للقائمين بالعمليات المشبوهة في البنوك المسحوب عليها تلك الشيكات لتجرى عليها العديد من التحويلات المصرفية عن طريق البنوك المذكورة بهدف طمس ملامح العمليات المشبوهة^(٥٣) . ومن ذلك أيضاً الاستخدام غير المشروع لما يعرف ببنوك الإنترنت والتي تعمل في محيط من السرية الكاملة عن طريق إدخال شفرات سرية وبما يسمح بالقيام بنقل أو تحويل كميات ضخمة من الأموال بسرعة وأمان دون إمكانية ملاحقة القائمين بالعمليات المشبوهة أو فضح أمرهم بسهولة ، كما يلجأ غاسلو الأموال إلى ما يعرف بالكرات الذكي Smart Card والذي يسمح باختزان كميات طائلة من النقود على

(٥٢) راجع :

Michael Blair, "Money Laundering Control in the Financial Regulation Context", Volume 3 No. 2 *Journal of Money Laundering Control* pp. 102-103 (Autumn 1999).

كذلك :

William F. Bruton, "Money Laundering: Is It Now a Corporate Problem?" Volume 3 No. 1 *Journal of Money Laundering Control*, pp. 9-10 (Summer 1999).

(٥٣) راجع :

Money Laundering Convention....

المشار إليه سابقاً (من منشورات معهد الدراسات المصرفية - الكويت) وبصفة خاصة ص ص ١٠-١٢؛ الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه ، ص ص ٣٦-٣٧؛ الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٥) ، ص ١١٦ .

القرص Chip المثبت به والمعد لهذا الغرض ثم القيام بنقل هذه الأموال إلكترونيًا على كارت آخر بواسطة التليفون أو الجهاز المعد لذلك وبدون تدخل أي بنك في تنفيذ النقل^(٥٤).

ويتصف تعريف غسيل الأموال الوارد في المادة الأولى من القانون الكويتي بالعمومية ، حيث لم يرقم المشرع بتعداد العمليات المشبوهة ، وذلك على خلاف مشرعين في دول أخرى ، كالمشرع المصري والإماراتي واللبناني والأمريكي . فلقد حددت المادة الأولى من القانون اللبناني بشأن مكافحة تبييض الأموال المقصود بالأموال غير المشروعة بأنها تلك الناتجة عن زراعة المخدرات أو تصنيعها أو الاتجار بها ، الأفعال التي تقدم عليها جمعيات الأشرار المنصوص عليها في المادتين ٣٣٥ و ٣٣٦ من قانون العقوبات والمعتبرة دولياً جرائم منظمة ، جرائم الإرهاب المنصوص عليها في المواد ٣١٤ و ٣١٥ و ٣١٦ من قانون العقوبات ، الاتجار غير المشروع بالأسلحة ، جرائم السرقة أو اختلاس الأموال العامة أو الخاصة أو الاستيلاء عليها بوسائل احتيالية والمعاقب عليها في القانون اللبناني بعقوبة جنائية ،

(٥٤) راجع بمغلة خاصة :

Gorson Hutchins, "The Electronic Dimension to Money Laundering-The Investigator's Perspective", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 233-235 (Winter 2000).

أيضاً:

Scott Sultz, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it..."

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٦-١٩٧. وراجع في استخدامات التكنولوجيا للتعليم على غسيل الأموال:

Steven Philippsohn, "The Dangers of New Technology – Laundering on the Internet", Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 87-95 (2001).

تزوير العملة أو الاسناد العامة. كما نصت المادة ٢ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن يحظر غسل الأموال المتحصلة من جرائم زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار فيها وجرائم اختطاف وسائل النقل واحتجاز الأشخاص وجرائم الإرهاب وتمويله ، وجرائم استيراد الأسلحة والذخائر والمفرقات والاتجار بها بغير ترخيص وكذلك صنعها وجرائم الفجور والدعارة ، والجرائم الواقعة على الآثار ، وجرائم البيئة والجريمة الدولية المنظمة في الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها ، والجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثالث والرابع والخامس عشر والسادس عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ، وذلك كله سواء وقعت جريمة غسل الأموال أو الجرائم المذكورة في الداخل أو في الخارج بشرط أن يكون معاقباً عليها في كل من القانونين المصري والأجنبي . كما نصت المادة ٢ من القانون الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ على حظر غسيل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية ، الخطف والقرصنة والإرهاب ، جرائم البيئة ، الاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر ، جرائم الرشوة والاختلاس والإضرار بالمال العام ، جرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها ، أية جرائم أخرى ذات الصلة والتي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها^(٥٥). كما نص القانون الأمريكي على ما يربو على مائة من النشاطات غير المشروعة: كجرائم المخدرات ، الغش ،

(٥٥) راجع المادة الأولى من قانون تبيض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ والمادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، والمادة الثانية من قانون تجريم غسيل الأموال الإماراتي الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ .

الجاسوسية ، جرائم البيئة ٠٠٠ وغيرها من نشاطات أخرى غير مشروعة^(٥٦). وفي هذا الخصوص ، فإن الموقف الذي اتخذه المشرع الكويتي ، بوضع تعريف عام لعمليات غسيل الأموال ، يتيح مرونة معقولة في التعرف على عملية غسيل الأموال طالما كانت ناتجة من مصدر غير مشروع ، إلا أنه منتقد في مجال التجريم والعقاب ؛ الأمر الذي كان ينبغي معه أن تكون الجريمة محددة وواضحة .

ثانياً - جريمة غسيل الأموال :

أ - السلوك المادي للجريمة :

تنص المادة الثانية من القانون الكويتي على الأفعال التي يشكل أياً منها جريمة غسيل أموال . وتتضمن هذه الأفعال صور السلوك المادي المكون للجريمة والذي يتمثل في واحد من ثلاثة أشكال :

١- إجراء عملية غسيل الأموال ، وبما يشمل أي عمل يهدف إلى

(٥٦) أنظر:

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem"

المقالة المشار إليها ، ص ١٥٩ وما بعدها ؛

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations...."

المقالة المشار إليها ، ص ٤٤١-٤٤٣.

Betty Santangelo & Marc E. Elovitz, "Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker - Dealer to Do?" (Practising Law Institute - Corporate Law and Practice Course Handbook Series (April 1998) p. 293. R.E. Bell, "Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organized Crime", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control pp. 104-112 (Autumn 1999);

Pedro R. David Mercosur, "Organized Crime, Money Laundering and Harmonization of Legislation" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999).

إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال أو عائدات أية جريمة .

٢- نقل أو تحويل أو حيازة أو احراز أو استخدام أو الاحتفاظ أو تلقي الأموال المتحصلة من الجريمة أو من الاشتراك فيها . ويقصد بالنقل: النقل المادي ، أي حمل الأموال بغرض تغيير مكان الأموال غير المشروعة المصدر . ومثال ذلك ، التهريب ، وهو أبرز الأساليب التي يتم بها غسل الأموال ، إذ يقوم المتورطون في العمليات الإجرامية بتهريب المتحصلات النقدية من جرائمهم بأنفسهم أو عن طريق آخرين خارج البلاد . وكان ذلك يتم بأساليب بسيطة مثل إخفاء النقود الورقية في الجيوب السرية للحقائب أو بوضعها في علب حفاظات الأطفال ، وغيرها من الطرق التي تؤدي إلى نقل الأموال خارج البلاد إما بحراً أو جواً ، بل إنه يمكن القيام بتهريب الأموال بإرسالها بالبريد خارج البلاد^(٥٧) . ولقد حرصت الكثير من

(٥٧) راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions...."

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٤١-٤٤٢ ؛ كذلك :

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it..."

المقالة المشار إليها . ص ص ١٥٦-١٥٧ .

وعلى الرغم من أن التهريب هو أقدم وأبسط الطرق التي ابتكرها غاسلو الأموال ، إلا أنه مازال مستخدماً على نحو واسع حتى في أكثر البلاد تقدماً من الناحيتين التكنولوجية والأمنية كالولايات المتحدة الأمريكية . إذ يقدر حجم المبالغ التي يتم تهريبها خارج الولايات المتحدة بنحو خمسين مليار دولار سنوياً . ومن طرائف عمليات تهريب الأموال التي تتم في الولايات المتحدة أن نفس الأموال التي يتم تهريبها منها تعود إليها مرة أخرى ، ولكن في هذه المرة مطهرة . إذ يقوم المهرب مثلاً بعبور الحدود الولايات المتحدة إلى المكسيك ، ثم يعود مرة أخرى إلى الولايات المتحدة الأمريكية من منفذ قانوني ويعلن لسلطات الجمارك =

الدول على مقاومة التهريب كوسيلة لغسيل الأموال عن طريق تعزيز الرقابة الجمركية في المنافذ وعلى الحدود ، وبتجريم عدم الإفصاح عما يحمله المسافرين من نقود أو أموال إذا تجاوزت حدوداً معينة ؛ فمثلاً ينبغي على المسافرين إلى الولايات المتحدة أن يملأ إقراراً بمبالغ النقود التي يحملها إلى البلاد إذا زادت على عشرة آلاف دولار^(٥٨)، كذلك تنص المادة الرابعة

=فيها عن المبالغ التي بحوزته ليكون دخوله بها قانونياً، ثم يقوم هذا المهرب بإيداع هذه المبالغ في البنوك الأمريكية ، ولا يلتزم حينئذ بالكشف عن مصدر هذه الأموال أو ماذ الطلب البنكي الخاص بذلك ، إذ أن دخوله بالأموال إلى الولايات المتحدة حصل بطريقة قانونية. ثم يعتمد هذا المهرب إلى التصرف في هذا المبلغ بالطريقة التي تروقه: إما باستثماره داخل الولايات المتحدة ، أو إعادة تحويله بنكياً إلى بلد آخر . ولقد اتبع المهربون هذه الطريقة بنجاح بالغ، لدرجة أنه في بلدة *Brownsville* بولاية تكساس والتي لها حدود مع المكسيك، وصلت قيمة الأموال المهربة فيما بين عام ١٩٨٨-١٩٩٠ إلى ثمانية مليارات دولار ، وبلغت خمسة مليارات في مدينة *Nogales* بولاية أريزونا ، ونفس الرقم الأخير تحقق تقريباً في مدينة سان دييجو بولاية كاليفورنيا.

راجع:

Scott Sultzter, "Money – Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it..."

المقالة المشار إليها ، ص ١٨٦-١٨٧.

(٥٨) وطبقاً لقانون سرية البنوك لعام ١٩٧٠ في الولايات المتحدة ، فإنه ينبغي تقديم تقرير عن العملة أو الأوراق التجارية التي يتم جلبها إلى الولايات المتحدة أو تلك التي تخرج منها ، وذلك إذا زادت قيمة المبلغ عن عشرة آلاف دولار . ولقد قررت المحاكم الأمريكية في مناسبات عديدة أن تقتيش الحقائب والأمتعة الشخصية في المطارات وفي منافذ الدخول والخروج على الحدود الأمريكية لا يتطلب الحصول على إذن خاص .راجع:

Kimberly Anne Summe, "The Battle Against Money Laundering: An Examination of U.S. Law, International Cooperative Efforts and Corporate Governance Issues", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 236-244 (Winter 2000).

وبصفة خاصة في ص ، ٢٣٧.

من القانون الكويتي على أنه "يجب على كل شخص عند دخوله البلاد أن يبلغ السلطات الجمركية عما بحوزته من عملات وطنية أو أجنبية أو سبائك ذهبية أو أي أشياء ثمينة أخرى وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير المالية"^(٥٩). ولم يصدر حتى اليوم قرار وزير المالية المشار إليه . كما تعاقب المادة (١٣) من ذات القانون من يخالف أحكام المادة (٤) بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين^(٦٠).

ومن صور السلوك المادي لجريمة غسيل الأموال استخدام التحويل البرقي للنقد Wire Transfer ، والذي قد يلجأ إليه غاسلو الأموال بسبب بعض الثغرات التي كانت تعترى هذا النظام . ذلك أن كثيراً من البنوك ليست أعضاء في نظام Fedwire ، كما أن عدداً قليلاً منها عضو في نظام CHIPS وهو عبارة عن عملية غرفة مقاصة تسوية في نهاية اليوم المصرفي^(٦١) . ويترتب على ذلك، أنه يتعين على معظم البنوك استخدام ما يعرف بنظام SWIFT للتصريح بإجراء المعاملات المالية برقياً ، أي استخدام البنوك المراسلة لإتمام عملية التحويل^(٦٢) . ووفقاً لنظام سويفت .

(٥٩) المادة (٤) من قانون مكافحة غسيل الأموال الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٦٠) المادة (١٣) من القانون السابق .

(٦١) Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions....

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٦٤-٤٦٥.

(٦٢) المقالة السابقة ، ص ٤٦٤. وفي التفرقة بين مفهوم نقل الأموال وتحويل الأموال ، راجع: الدكتور هدى حامد قشقوش . جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي (دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨) وبصفة خاصة في ص ص ٢٣-٢٤.

فإن البنك الذي يقوم بتنفيذ التحويل لا يعلم الغرض من التحويل ، إذ أن البنك المصرح وحده هو الذي يقع عليه واجب التحري عن غرض العميل . وعليه ، فإن التحويلات الصادرة عن طريق بنوك أجنبية غالباً ما كانت تخلو من اسم العميل ، إذ تقتصر على ذكر عبارة "إن عميلنا يرغب في تحويل مبلغ ٠٠٠٠ إلى عميلكم" ^(٦٣) . وأدرك غاسلو الأموال أن بإمكانهم استخدام نظام التحويل البرقي لإيداع النقود لدى البنوك في الخارج ، وذلك دون الحاجة إلى الإعلان عن أسمائهم . وبعد أن يتم إيداع النقود لدى البنوك ، يقوم هؤلاء الأشخاص بعدئذ بتحويلها برقياً مرة أخرى إلى حسابات شركة من شركات الواجهة ، مثلاً يمتلكونها خارج البلاد في بلد يأخذ نظامه بالسرية المصرفية المطلقة ، ولا يسمح لأحد بالاطلاع على دفاترها أو الكشف عن حقيقة عملاء البنك أو تتبع حركة الحسابات داخل البنوك . ثم تقوم شركات الواجهة بالاقتراض من أحد البنوك بضمان ما سبق إيداعه بحسابها ، وذلك بغرض إعادة الأموال مرة أخرى إلى المهرين ^(٦٤) . أضف إلى ذلك أن نظام التحويلات البرقية نفسه لا يسمح بالتعرف على طبيعة العملية موضوع التحويل ، لاسيما وأن عمليات التحويل قد تتم عن طريق تدخل أكثر من بنك مراسل 'Correspondant Bank ، وبحيث لا يكون في مقدور البنك المراسل أو حتى البنك الأخير في سلسلة عملية التحويل التحري عن موضوع أو الغرض من العملية بالنظر

(٦٣) المقالة السابقة ، ص ٤٦٤-٤٦٥ .

(٦٤) المقالة السابقة ، ص ٤٦٥ . وقارب في نفس المعنى : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه . ص ٣٨-٣٩ ؛ أيضاً الدكتور ماجد عمار . السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال . المشار إليه . ص ٩٩-١٠٠ .

إلى السرعة الفائقة التي تتم بها عمليات التحويل البرقي للنقود ، وبما يشجع غاسلي الأموال على استخدام هذه الوسيلة لنقل أموالهم عبر المؤسسات المالية . وللتحري عن عمليات غسيل الأموال ، فإنه كان ينبغي على السلطات المختصة الاتصال بكل بنك تدّخل في التحويل لجميع المعلومات عن العملية المشبوهة : ولا شك أن هذا أمر في غاية الصعوبة ، خاصة أن البنوك التي تشارك في التحويلات عادة ما تكون كائنة في أقاليم ودول مختلفة . وعلاوة على ذلك ، فإن التحويلات البرقية تتم وفقاً للنموذج الذي يضعه كل بنك ، وهي نماذج تختلف من بنك لآخر ولاسيما فيما يتعلق بالشكل والأرقام والرموز المستخدمة Codes وبما يتطلبه ذلك من التدريب على حل الشفرة التي يستخدمها كل بنك . ويزيد الأمر صعوبة ، أن التحويلات البرقية ، وعلى خلاف الشيكات ، يتم تسويتها بسرعة فائقة . كما أن غاسلي الأموال غالباً ما يقومون بإرسال تحويلاتهم البرقية عن طريق بنوك في دول تتميز بقوانين للسرية المطلقة للحسابات المصرفية ، وبذا يصبح التحري عن مصدر أو حقيقة هذه الأموال غاية في الصعوبة . ويزيد الأمر تعقيداً ، أن البنك المتلقي لأمر التحويل قد يكون بنكاً صغيراً ، فيضطر إلى الاستعانة ببنك مراسل كوسيط لاستكمال تنفيذ أمر التحويل في بلد آخر ، وقد يكون هذا البنك الوسيط هو نفسه ليس عضواً في إحدى شبكات التحويل البرقي ، فيضطر إلى الاستعانة ببنك مراسل آخر عضو في الشبكة وبما يضيف مزيداً من الصعوبات على سلطات مكافحة غسيل الأموال^(٦٥).

(٦٥) راجع :

ولقد فطنت البنوك إلى الثغرات في نظام التحويلات البرقية ، حيث تبنت اللوائح التي تسمح لها بالاحتفاظ ببيانات معينة عن العميل وعن العملية . وعادة ما تستوجب هذه اللوائح قيام البنك بالتحري الدقيق للبيانات التي تتعلق بشخصية وتحديد هوية الأمر ، سواء كان عميلاً دائماً Established Customer أو عميلاً عابراً Occasional Customer وذلك بالتحقق من وثيقة هويته وغيرها من أوراق ومستندات . كما يتعين على البنك المصدر أن يرسل ، مع رسالة التحويل البرقي ، كافة المعلومات المتاحة لديه عن العميل ، وعن ظروف العملية إلى البنك المستقبل أو البنك الوسيط بحسب الأحوال^(٦٦) . ولكن لا يلتزم البنك المصدر أن يتحرى أو يصادق على المعلومات التي تخص المستفيد ، ومع ذلك إذا توفرت لديه هذه المعلومات ، كان عليه بثها مع رسالة التحويل البرقي . وفي كل الأحوال ، يقع على بنك المستفيد واجب التحقق من شخصية المستفيد النهائي ، وذلك إلى أكبر درجة ممكنة وطبقاً للسجلات التي يحتفظ بها هذا البنك . كما يجب على البنوك الوسيطة في العملية أن تحتفظ هي الأخرى بسجلات كاملة عن التحويل وأن تقوم بنقل هذه المعلومات إلى البنك أو البنوك التالية في العملية . ولكن يلاحظ أن البنوك الوسيطة ليس عليها التزام بالتحري عن صحة هذه المعلومات . ومن

=Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions...."

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٦٤-٤٦٥.

(٦٦) راجع :

Scott Sultzter, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it....."

المقالة المشار إليها ، ص ص ٢٢٤-٢٢٥.

الجدير بالذكر أن هذه القواعد تسري أيضاً على المؤسسات المالية غير المصرفية ، كشركات الصرافة^(٦٧).

وقد يتمثل السلوك المادي للجريمة ، بجانب النقل أو التحويل في إحراز أو استخدام أو احتفاظ أو تلقي الأموال المشبوهة ، فيما لو توافر العلم بأن هذه الأموال متحصلة عن جريمة أو من فعل من أفعال الإشتراك

(٦٧) المقالة السابقة ، ص ٢٢٦ - ٢٣٠.

ولتعزيز أهمية الحصول على المعلومات المتعلقة بهوية المرسل في عملية التحويل البرقي ، فلقد ابتكرت SWIFT نموذجاً جديداً هو (MT103) والذي بدأ العمل به من نوفمبر عام ١٩٩٧. ويعمل هذا النموذج في ظل نظام بث معين ، كما يحتوي على كل البيانات المتعلقة بالمرسل والمتلقي أو المستفيد . كما أصدرت SWIFT دليل إرشادات للبنوك والمؤسسات المالية لكيفية استخدام نظام التحويلات البرقية . راجع :

Bruce Zagaris, "A Brave New World: Recent Development in Anti-Money Laundering and Related Litigation: Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 1023-1116 (1999).

وبصفة خاصة في ص ١٠٣١ - ١٠٣٢ .

وفي شرح لأنظمة التحويل البرقي ، راجع :

Lee R. Sneddon, "The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/ CHAPS/ FEDWIRE and the Regulations on Capital Adequacy and Money Laundering", pp 9-24 (Funds Transfers in International Banking - editor: Charles del Busto, 1992).

ويلاحظ في هذا الخصوص أن تعليمات بنك الكويت المركزي تقضي بأنه "بالنسبة إلى التحويلات الإلكترونية الداخلية والخارجية ، يجب أن تتضمن مستندات التحويل على اسم الشخص أو الجهة المحولة ورقم حسابه (في حالة التحويل من حساب) أو رقم الهوية (في حالة عدم التحويل من حساب) ، المبلغ ، اسم وعنوان الشخص أو الجهة المستفيدة ورقم حسابه (في حالة التحويل إلى حساب) ، وأنه في حالة عدم توافر تلك البيانات تمتنع البنوك من إجراء التحويل المطلوب" . راجع تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/ر ب) ٩٢/٢٠٠٢ ص ٥ .

فيها . وعليه ، قد تتعرض البنوك للمساءلة حال تلقيها أو قبولها أموالاً تعلم عند تلقيها أو قبولها أنها متحصلة عن فعل إجرامي أو عند حيازتها أو استعمالها لهذه الأموال بأي شكل من الأشكال^(٦٨).

٢- إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها :

ومن أمثلة الإخفاء والتمويه ، ما يعتمد إليه غاسلو الأموال ، وبالذات في العمليات الدولية المنظمة ، إلى إنشاء شركات أجنبية يطلق عليها في بعض الأحيان الشركات الصورية Shell Companies أو شركات الواجهة Front Companies . وهذه الشركات لا تنهض بالأغراض المنصوص عليها في عقود تأسيسها أو أنظمتها الأساسية ، بل تقوم بالوساطة في عمليات غسل الأموال^(٦٩). وعادة ما يصعب تعقب النشاط غير المشروع لهذه الشركات ، وخاصة إذا كانت تقوم في ذات الوقت بجانب من العمليات المشروعة كنوع من التمويه لإخفاء عملياتها غير المشروعة الأخرى^(٧٠).

(٦٨) راجع :

Michael Levi, "New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime", Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (Winter 2000).

(٦٩) راجع :

Michael Blair, "Money Laundering Control in the Financial Regulation Context", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 102-103 (Autumn 1999).

أيضاً :

William F. Bruton, "Money Laundering: Is it Now a Corporate Problem? Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9-10 (Summer 1999).

Michael Blair, "Money Laundering Control....." (٧٠)

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٠٢ .

وعادة ما يصعب تعقب النشاط غير المشروع لهذه الشركات ، وخاصة إذا كانت تقوم في ذات الوقت بجانب من العمليات المشروعة كنوع من التمويه لإخفاء عملياتها غير المشروعة الأخرى^(٧١) . وعلاوة على ذلك ، فإن هذه الشركات لا تخضع في بلاد كثيرة لنفس درجة الرقابة التي تخضع لها البنوك أو لإجراءاتها في العمل . وغالباً ما تلبس هذه الشركات ثوب شركات السياحة ، شركات الاستيراد والتصدير ، شركات التأمين ، شركات محلات المجوهرات الكبرى ٠٠٠ الخ^(٧٢) . ويحصل غسيل الأموال عن طريق شركات الواجهة بأساليب عديدة . فقد يقوم المتورطون في غسيل الأموال بشراء الشركات الخاسرة أو التي على شفا الإفلاس أو في مرحلة التصفية (كشركات الصرافة ، أو سلسلة مطاعم ، أو سلسلة فنادق مثلاً) ، ثم يقومون بدعمها مالياً بغرض إقالتها من عثرتها وبهدف إنجاحها كخطوة لتعظيم إيراداتها المالية ليكون ذلك ستاراً على أموالهم غير النظيفة . والطريف في الأمر ، وإحكاماً لحلقات التمويه ، أن هذه الشركات عادة ما تقوم بسداد كافة التزاماتها المالية في ظل القانون الوطني الذي تنشأ أو تمارس نشاطها في ظله ، لاسيما تلك الالتزامات التي تتعلق بسداد الضرائب ، وحتى لا تثور الشكوك حولها أو حول ثرواتها المفاجئة^(٧٣) .

(٧١) في نفس المعنى : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه ، ص ٣٨ .

(٧٢) Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it...."

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٢-١٩٣ .

(٧٣) قارب: الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه ، ص ٣٨-٣٩ .

ومن صور التمويه الذي تقوم به شركات الواجبة لغسيل الأموال ما تقوم به إحدى هذه الشركات من شراء بضائع من شركة أجنبية بسعر منخفض والسعر الحقيقي في حساب سري للشركة الأمرة في أحد البنوك الأجنبية لدولة تفرض سيجاً محكماً للسرية على الحسابات المصرفية . أو ما تقوم به شركة من الشركات المذكورة بتوظيف الأموال غير النظيفة في شركات التأمين ويكون ذلك مثلاً بشراء وثيقة تأمين ذات قسط سنوي Single Premium annuity ولصالح شخص باسم مزيف أو باسم شركة أخرى ، وعلى أن يقوم من صدرت الوثيقة لصالحه بإلغائها بعد فترة وجيزة ، مع الالتزام بالشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد التأمين بسبب إنهاء الوثيقة قبل موعدها . ثم تقوم شركة التأمين برد مبلغ قسط التأمين بأكمله إلى المؤمن له بشيك أو بإرسال هذا المبلغ بناء على طلب صاحب المصلحة إلى حسابه الخاص لدى أحد البنوك وبذلك تنتفي الشبهة حول عدم مشروعية هذا المال ، لأنه يجد مصدره في عقد التأمين نفسه^(٧٤) . وقد تنشأ شركة تأمين خارج الإقليم Off shore لكي يتم استخدامها في عمليات إيداع وتوظيف وترقيد وإدماج الأموال غير النظيفة ، وبحيث تعمل هذه الشركات في ظل قوانين الدول التي لا تتطلب رقابة صارمة على أعمال شركات التأمين . وتتولى هذه الشركات التأمين لصالح غاسلي الأموال ، وبحيث تتلقى الأموال غير النظيفة كأقساط لوثائق التأمين . وفي نفس الوقت تحرص هذه الشركات على خلق نظام محاسبي جيد كي تظهر

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it...." (٧٤)

المقالة المشار إليها ، ص ١٩٣ هامش ٣١٣.

بمظهر الشرعية ، ثم يقوم غاسلو الأموال بتقديم مطالبات زائفة سبق ترتيبها مع شركات التأمين نفسها لتقوم هذه الأخيرة بدفع التعويضات التأمينية ، وبذلك تنقطع الصلة بين الأموال المشبوهة ومصدرها غير المشروع^(٧٥).

ومن الأساليب المستخدمة في التعتيم على مصدر الأموال غير النظيفة ما يعرف بعملية "الدفع من خلال الحساب" Payable through account or pass through account حيث يقوم بنك أجنبي بفتح حساب لدى أحد البنوك المحلية مثلاً ، ويستخدم هذا الحساب من عملاء البنك الأجنبي لإدارة نشاطهم المشبوه عن طريق سحب شيكات عليه ، أو إيداع الأموال فيه ثم نقلها بعد ذلك إلى البنك الأجنبي في الخارج . ومن الأساليب أيضاً ما يعرف "بالقرض مقابل الحساب" Counterbalancing Loan schemes ويكون ذلك بإيداع الأموال غير النظيفة في حساب مصرفي خارج البلاد مع استخدام رصيد ذلك الحساب كضمان للحصول

(٧٥) المقالة السابقة . ذات الصفحة .

* ويتطلب القيام بعمليات غسل الأموال من خلال شركات الواجبة مساعدة من بعض المؤسسات المالية وذلك للقيام بالتحويلات النقدية واستبدال العملات . ولما كان القيام بذلك يصطدم بآليات العمل المصرفي بما فيها رقابة البنوك المركزية ، فلقد آل القيام بهذا الدور إلى شركات الصرافة وشركات السمسرة في بورصات الأوراق المالية . ومن خلال هذه المؤسسات غير المصرفية ، تستطيع شركات الواجبة التعامل مع البنوك الكبرى في أي مكان في العالم . راجع في هذا الخصوص :

Betty Santangelo & Marc E. Elovitz, "Money Laundering and Suspicious Activity Reporting : What's a Broker-Dealer to Do? (Practising Law Institute - Corporate Law and Practice Course Handbook Series (April 1998).

وبصفة خاصة في ص ص ٢٩٦-٢٩٧.

على قرض في بلد آخر^(٧٦).

ومن الأساليب التكنولوجية الحديثة التي قد يسعى غاسلو الأموال استعمالها في غسل الأموال ما يعرف بالكرت الذكي Smart Card ، وهو تكنولوجيا نشأت في إنجلترا وامتد العمل بها في الولايات المتحدة الأمريكية ودول أخرى كثيرة . ويعتبر الكارت الذكي كثير الشبه بكرت الدين Debit card؛ والفارق بينهما ، هو أن الكارت الذكي يقوم بصرف النقود التي كان سبق تحميلها من العميل مباشرة إلى القرص المغناطيسي عن طريق ماكينة تحويل آلية (Automatic Transfer Machine (ATM) أو أي تليفون معد لهذا الغرض^(٧٧) . ويزيد الأمر خطورة أن للكرت الذكي خاصية الاحتفاظ بمبالغ ضخمة على القرص الخاص به Chip ، ثم يمكن بسهولة نقل هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون الخاص بذلك ، ويدون تدخل أي بنك . وبهذا يكون استخدام الكارت الذكي بمنأى عن إشراف أو مراقبة أية جهة^(٧٨).

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it...." (٧٦)

المقالة المشار إليها ، ص ١٥٠-١٥١ .

(٧٧) المقالة السابقة ، ص ١٩٧ .

(٧٨) المقالة السابقة ، ص ١٩٧ . ومن أهم وأخطر الوسائل التكنولوجية الحديثة ما يعرف بنظام Cyberbanking أو البنوك عبر الإنترنت ، وهي ليست في الواقع بنوكاً بالمعنى الفني الشائع والمألوف ، إذ هي لا تقوم بقبول الودائع مثلاً أو تقديم التسهيلات المصرفية أو غيرها من العمليات المصرفية المعتادة ، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيوع . فيقوم المتعامل مع Cyberbanking بإدخال الشفرة السرية من أرقام أو خلفه وطباعتها على الكمبيوتر Encryption ومن ثم يستطيع تحويل الأموال بالطريقة التي يأمر بها الجهاز . وهذه الوسيلة تتيح لغاسلي الأموال نقل أو تحويل كميات ضخمة من =

=الأموال بسرعة وأمان . فهذه البنوك تعمل في محيط من السرية الشاملة ، إذ لا يكون المتعاملون فيها معلومي الهوية ، أضف إلى ذلك أن هذه البنوك غير خاضعة لأية لوائح أو قوانين رقابية . ويرتفع الأمر إلى أقصى درجات الخطورة إذا علمنا أن الحدود الوطنية ليست عائقاً أمام إجراء أي حجم من المعاملات المالية عن طريق هذه البنوك بطريقة فورية ودون إمكان تعقبها . وعليه . فقد أصبح القيام بمرحلتى الاندماج والترقيده لفسيل الأموال أكثر يسراً وسهولة من خلال هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة (أي التحويل عبر الإنترنت) إذ يتمكن غاسلو الأموال من تحويل أرصدتهم عدة مرات يومياً في أكثر من بنك حول العالم، ومع ذلك يكون تعقبهم أو كشف أمرهم شيئاً مستحيلاً . ومما يزيد الأمر هلعاً أن بنوك عبر الإنترنت Cyberbanking يمكن أن تعمل لفترات طويلة مع الانتقال دورياً خارج الحدود الوطنية ودون أن تتوقف وذلك من خلال بعض الرسائل الإلكترونية السريعة *Phantom electronic forwarding addresses* وذلك بهدف تجنب أي ملاحقة أو اقتضاخ لأمرها .

ولقد كان موضوع بنوك الإنترنت *Cyberbanking* ، لخطورته . محط اهتمام الحكومة الأمريكية، والتي قامت في عام ١٩٩٣ باقتراح خطة لإنشاء نظام *Encryption* موحد على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية يعرف باسم *Clipper-Chip* لتعميمه على جميع أجهزة الكمبيوتر التي تقوم بنقل البيانات . وبمقتضى هذا النظام يمكن السماح لإشارات *Encription* بالمرور عبر الإنترنت وبحيث تحتفظ الحكومة الفيدرالية بمفتاح لفك الشفرة للعمليات المشكوك في أمرها والتي تمر عبر شبكة الإنترنت . ولكن هذه الخطة فُلت فجأة . لقيام شخص أمريكي بابتكار برنامج آخر يطلق عليه "بريتي جود بريسبي" *Pretty Good Privacy (PGP)* أو ما يمكن أن يطلق عليه بتصريف "نظام الخصوصية المحكم" وهو نظام لا يمكن لأي شخص أو للحكومة الفيدرالية الأمريكية نفسها فك رموزه . ولقد انتشر برنامج *PGP* بصورة كبيرة في جميع أنحاء العالم على الإنترنت .

ولقد أنشأت الحكومة الأمريكية قوة عمل *Task force* لكي تتعامل مع هذه المشكلة وتواجهها ، ويمكن لهذه القوة التعاون والتعامل مع الهيئات الصناعية المختلفة من أجل إيجاد وسائل بديلة فعالة لفك رموز *PGP*، ولكن لم تنجح إلى الآن مجهودات الحكومة الأمريكية في هذا الخصوص .

راجع بصفة عامة :

Gorsor Hutchins, "The Electronic Dimension to Money Laundering – The Investigator's Perspective", Volume 3 No. 3 *Journal of Money Laundering Control*, pp. 233-235 (Winter 2000).

وراجع بصفة خاصة :

Scott Sultz, "Money Laundering: The Scope of the Problem.....

المقالة المشار إليها . ص ص ١٩٥-١٩٧ .

ب - الركن المعنوي :

جريمة غسيل الأموال جريمة عمدية ، إذ يشترط لقيامها أن يتوافر الركن المعنوي إلى جانب وقوع أحد الأفعال المتقدمة التي تشكل السلوك المادي للجريمة^(٢٩) . والركن المعنوي ، أي القصد ، ينبني على العلم الخاص بأن الأموال محل الفعل المادي لعملية غسيل الأموال متحصل عليها من جريمة أو متحصل عليها من فعل من أفعال الاشتراك في جريمة . لذلك تشترط المادة الثانية من قانون غسيل الأموال صراحة ضرورة توفر ذلك العلم . ويلاحظ في هذا الخصوص اتساع معنى "العلم" Knowledge ، فلا يشترط أن يعلم البنك مباشرة بعدم مشروعية المصدر للأموال المشبوهة ، بل يكفي لتوفر هذا العلم أن يكون من الممكن استخلاصه من مجموع الظروف الموضوعية التي تحيط بالواقعة نفسها ، وذلك فيما إذا كانت العملية المصرفية أو لمالية مثيرة للريبة بصورة جلية من خلال ظروف

(٢٩) في شرح الركن المعنوي لجريمة غسيل الأموال ، راجع : الدكتور سليمان عبد المنعم ،

"مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة" (دار الجامعة الجديدة للنشر -

الإسكندرية ١٩٩٩) ، وبصفة خاصة ص ص ١٣٥ - ١٥٤ .

ومع ذلك ، يلاحظ أن بعض القوانين لا يشترط "العلم" لقيام تلك الجريمة ، وإنما يكفي في

ذلك بتوفر وصف الإهمال Negligence في سلوك مرتكب الجريمة ، أنظر في هذا

الخصوص :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime...."

المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة ، ص ص ٩٠٨ - ٩٠٩ .

الحال^(٨٠) . وعليه ، يتمثل الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في العلم أي بانصراف إرادة الشخص إلى ارتكابها ، كما يتعين توافر علم الجاني بكون الأموال أو العوائد التي يحصل تحويلها أو حيازتها أو إخفاؤها هي من مصدر غير مشروع^(٨١) .

(٨٠) وعلى سبيل المثال ، أصدر المجلس الوزاري للسوق الأوروبية المشتركة توصية : بأن "العلم" أو "النية" في نشاط غسل الأموال يمكن أن تستخلص من الظروف الواقعية الموضوعية *Objective factual circumstances* ، راجع :

Berta Esperanza Hernandez, "Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy", Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 235-304 (Winter, 1993).

وبصفة خاصة في ص ٢٨٤ . وعليه ، يتعين على البنوك والمؤسسات المالية لكي لا تقع تحت طائلة المسؤولية - أن تتخذ التدابير المعقولة للتحقق من هوية الأشخاص المتعاملين معها في عملياتهم المصرفية المتنوعة كفتح الحسابات والتحويلات ، وإيجار الخزائن الحديدية والتحويلات الإلكترونية للنقود وإجراء المعاملات النقدية ذات الحجم الكبير ، لاسيما وأن هذه العمليات كسائر العلاقات المصرفية تبنى على الثقة والاعتبار الشخصي إلى حد كبير . فاتخاذ هذه التدابير من شأنه نفي تورط أو مساهمة البنك أو المؤسسة المالية بأي شكل من الأشكال في النشاط الإجرامي : وبصفة خاصة ، يتعين على البنوك وغيرها من مؤسسات مالية إبلاغ الجهات الحكومية المختصة عن العمليات المشبوهة . فإذا لم يحدث ذلك الإبلاغ في الوقت كان من الجائز إنعقاد المسؤولية الجنائية للبنك أو المؤسسة المالية . راجع :

"Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, "Constructing an International Financial Enforcement Subregime...."

المقالة المشار إليها ، ص ص ٩٠٩-٩١٠ ؛ كذلك :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations...."

المقالة المشار إليها ، ص ص ٤٥٨-٤٥٩ ، وأيضاً ص ٤٦٣ .

(٨١) راجع نص المادة (٢) من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ . وفي شرح الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في اتفاقية فيينا وفي القانون النموذجي ، راجع : الدكتور هدى حامد قشقوش ، جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي ، المشار إليه ، ص ص ٢٨-٣٥ .

وطبقاً للقانون الكويتي ، فإن جريمة غسيل الأموال من الجرائم المستمرة . ويترتب على ذلك أن الركن المعنوي للجريمة يتوفر متى علم الشخص بمصدر الأموال غير المشروع في أية لحظة ، حتى ولو كان العلم لاحقاً لحيازته لهذه الأموال ، أي حتى ولو كان حسن النية وقت اكتسابه أو حيازته للأموال ذات المصدر غير المشروع^(٨٢) . ومع هذا ، فإن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ تأخذ بغير ذلك ، إذ تستلزم توفر العلم وقت تسليم الأموال فقط . ومن ثم تنتفي جريمة غسيل الأموال - وفقاً للاتفاقية المذكورة - إذا كان الشخص حسن النية وقت تسلمه أو حيازته للأموال حتى ولو توافر فيما بعد علمه بالمصدر غير المشروع للأموال^(٨٣) .

ويدخل في نطاق التجريم طبقاً للمادة الثانية من قانون غسيل الأموال الكويتي ، الشروع في ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في هذه المادة ، أي البدء في تنفيذ أحد هذه الأفعال دون أن يتم لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها ، وكذلك الاشتراك في الجريمة .

(٨٢) المادة (٢) المشار إليها سابقاً من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ ، وأيضاً المادة (٣) فقرة

(٤) من ذات القانون .

(٨٣) المادة الثالثة من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ .

المطلب الثاني

العقوبات

أولاً - عقوبة جرائم غسيل الأموال :

أ - الحبس :

تنص المادة السادسة من قانون غسيل الأموال الكويتي على معاقبة كل من يرتكب جريمة من جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون المذكور بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات ، وذلك مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر ^(٨٤) . وتشديداً للعقاب ، فقد نصت المادة السابعة من ذات القانون على مضاعفة عقوبة الحبس ، أي مدة الحبس ، فيما إذا تمت إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية من خلال مجموعة منظمة كعصابات غسيل الأموال والمنظمات الإرهابية . كما تضاعف عقوبة الحبس أيضاً إذا ارتكب الجاني جريمته مستغلاً سلطة وظيفته أو نفوذه ^(٨٥) .

(٨٤) المادة (٦) فقرة أولى من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(٨٥) المادة (٧) من القانون المشار إليه سابقاً . أما المادة (١٤) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، فتنص على أن "يُعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة كل من ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون ... " كما تنص المادة (١٦) من القانون المصري المذكور على أنه "في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يُعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفراد التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته ... " .

ب - الغرامة

فضلاً عن عقوبة الحبس المشار إليها ، تنص المادة السادسة من القانون المذكور على عقوبة الغرامة لكل من يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية . ويجب ألا تقل الغرامة المحكوم بها عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة وألا تزيد على كامل قيمة هذه الأموال^(٨٦) . وطبقاً للمادة السابعة من القانون تضاعف عقوبة الغرامة بما لا

= أما المادة الثالثة من قانون تبييض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ ، فتتضمن على أن "يعاقب كل من أقدم أو تدخل أو اشترك بعمليات تبييض أموال بالحبس من ثلاث إلى سبع سنوات" . كما تنص المادة (٣) من القانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات العربية على أن "يعاقب كل من يرتكب أحد الأفعال المنصوص عليها في البند (١) من المادة (٢) من هذا القانون بالحبس لمدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالغرامة" .

(٨٦) المادة (٦) الفقرة الأولى من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ . أما المادة الثالثة من القانون اللبناني فتتضمن على غرامة لا تقل عن عشرين مليون ليرة لبنانية لمن يرتكب أو يتدخل أو يشترك في أي من جرائم غسل الأموال . أما القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال المذكور ، فإنه ينص على غرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة على كل من ارتكب أو شرع في ارتكاب إحدى جرائم غسل الأموال المنصوص عليها في ذلك القانون . كما تنص المادة (١٣) من القانون الإماراتي الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ على عقوبة الغرامة التي لا تتجاوز ٣٠٠.٠٠٠ ثلاثمائة ألف درهم ولا تقل عن ٣٠.٠٠٠ ثلاثين ألف درهم .

كما تنص المادة (١٦) فقرة ثانية من القانون المصري المذكور على أنه "ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتوقيضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به باسمه ولصالحه" . كما قررت المادة (٣) من القانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات صراحة المسؤولية الجزائية للبنوك وغيرها من المؤسسات المالية عن جرائم غسل الأموال وذلك بنصها على أن تكون المنشآت المالية والمنشآت المالية الأخرى والتجارية =

يقل عن قيمة الأموال محل الجريمة ولا يزيد على ضعف قيمة هذه الأموال ، وذلك إذا تمت الجريمة من خلال مجموعة منظمة أو إذا ارتكبها الجاني مستغلاً سلطة وظيفته أو نفوذه^(٨٧).

ج - المصادرة :

وبالإضافة إلى عقوبتي الحبس والغرامة ، يحكم بمصادرة كافة الأموال والممتلكات والعائدات والوسائط المستخدمة في ارتكاب الجريمة، وهذا هو حكم كل من المادتين السادسة والسابعة من القانون الكويتي^(٨٨)، وهدف المشرع من المصادرة جلياً ، لوصد الأبواب وسد الطريق أمام محاولات مرتكبي جرائم غسيل الأموال الإفلات بالأموال التي يتم تبييضها بأي صورة عليها تلك الأموال سواء كانت نقدية أم في شكل أعيان ، أو عوائد ، أو وسائط كأجهزة الكمبيوتر مثلاً المستخدمة في إنجاز الغسل . وفي كل الأحوال ، لا يحول انقضاء الدعوى الجزائية لأي سبب من الأسباب دون الحكم بمصادرة الأموال المتحصلة من عمليات غسيل الأموال^(٨٩) . ويكون التصرف في الأموال التي يحكم بمصادرتها في

=والإقتصادية العاملة في الدولة مسؤولة جنائياً عن جريمة غسيل الأموال إذا ارتكبت باسمها

أو لحسابها عمداً وذلك دون إدخال بالجزاءات الإدارية المنصوص عليها في القانون " .

(٨٧) المادة السابعة من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(٨٨) المادتان السادسة والسابعة من القانون المشار إليه سابقاً .

(٨٩) والدعوى الجزائية في جرائم غسيل الأموال - طبقاً للقانون الكويتي - لا تقتضي بأي سبب،

إلا الوفاة. ومع ذلك نرى أن وفاة الجاني لا تحول دون مصادرة عائدات ومتحصلات جرائم

غسيل الأموال. ولكن يثور التساؤل عن إجراءات وأساس المصادرة فيما لو حصلت الوفاة

قبل إقامة الدعوى الجزائية نفسها؟.

هذه الأحوال وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير المالية^(٩٠).

وعلى أي الأحوال ، يجب ألا يخل الحكم بالمصادرة في جرائم غسيل الأموال بحقوق الغير حسن النية ، كالشخص الذي اكتسب مثلاً حقاً عينياً - دون علم بالجريمة - على مال من الأموال محل الجريمة . ولعل قصد المشرع من حماية الغير حسن النية في هذه الحالة هو الحيلولة دون حصول اضطراب في المعاملات المدنية أو التجارية وذلك دعماً لاستقرارها، لاسيما وأن مرتكبي الجريمة ينالون عقابهم المتمثل في الحبس والغرامة^(٩١) . أما إذا ثبت أن الغير الذي اكتسب حقاً على الأموال محل الجريمة لم يكن حسن النية ، فلا بد من إعمال الجزاء بمصادرة تلك الأموال .

ولقد نصت المادة الرابعة عشرة من القانون اللبناني على حكم مشابه

(٩٠) المادة السادسة ، الفقرة الثانية ، من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(٩١) المادة السادسة ، فقرة أولى ، من القانون المشار إليه سابقاً . وفي معنى قريب تنص المادة ٢/١٤ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال المضبوطة ، أو بغرامة إضافية تعادل قيمتها في حالة تعدد ضبطها أو في حالة التصرف فيها إلى الغير حسن النية" . وعليه ، فإنه طبقاً للقانون المصري يجوز بدلاً من المصادرة - في حالة التصرف في الأموال المضبوطة إلى الغير حسن النية - أن يتم الحكم بغرامة إضافية على الجاني . كما يتيح القانون اللبناني للغير أو أصحاب الأموال المصادر إثبات الحقوق الشرعية على هذه الأموال . راجع المادة (١٤) من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تبييض الأموال . وراجع في الفقه الأجنبي:

Alastir N. Brown, "Proceeds of Crime: Money Laundering Confiscation and Forfeiture" (W. Green/Sweet & Maxwell - Edinburgh 1996).

وبصفة خاصة ص ٣٧ وما بعدها .

بأن "تصادر لمصلحة الدولة الأموال المنقولة وغير المنقولة التي تثبت بموجب حكم نهائي أنها متعلقة بأي من الجرائم المذكورة (جرائم غسيل الأموال المذكورة في المادة الأولى من هذا القانون) أو محصلة بنتيجتها ما لم يثبت أصحابها ، قضائياً ، حقوقهم الشرعية بشأنها . كما تقضي المادة الرابعة عشرة من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ في جميع الأحوال بمصادرة الأموال المضبوطة والناشئة عن غسيل الأموال .

د - المنع من التصرف :

حرص المشرع الكويتي على وضع تدابير احترازية في جرائم غسيل الأموال وذلك بمنع المتهم من التصرف في أمواله كلها أو بعضها إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية^(٩٢)، إذ قد يحاول المتهم تهريب أمواله أو

(٩٢) المادة الثامنة من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ . وطبقاً للمادة (٥) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال . فإنه يجوز لوحدة مكافحة غسل الأموال "أن تطلب من النيابة العامة اتخاذ التدابير التحفظية على النحو المبين في المواد ٢٠٨ مكرر (أ) و ٢٠٨ مكرر (ب) و ٢٠٨ مكرر (ج) من قانون الإجراءات الجنائية . كما تنص المادة (٤) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تجريم غسيل الأموال بدولة الإمارات على أنه: "للمصرف المركزي أن يأمر وفقاً لهذا القانون بتجريد الأموال التي يشتبه بها لدى المنشآت المالية لمدة لا تزيد على (٧) أيام . وللنيابة العامة أن تأمر بالتحفظ على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط المشتبه بها وفق الإجراءات المتبعة لديها . وللمحكمة المختصة أن تأمر بالحجز التحفظي لمدد غير محددة لأية أموال أو متحصلات أو وسائط إذا كانت ناتجة عن جريمة غسيل أموال أو مرتبطة بها" .

كما يقضي القانون اللبناني بحق هيئة التحقيق أن تتخذ قراراً مؤقتاً بتجميد الحساب أو الحسابات المشبوهة لمدة خمسة أيام قابلة للتجديد مرة واحدة . وإذا تأكد لدى الهيئة أن مصدر الأموال غير مشروع ، أن تواصل تجميد تلك الأموال ؛ راجع المادة الثامنة من قانون تبيض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ .

التصرف فيها بأي طريق تحسباً لإدانته في الدعوى الجزائية وبما يستتبع مصادرة أمواله محل الجريمة. وفطن المشرع إلى ذلك ، فأعطى للنائب العام سلطة الأمر بمنع المتهم من التصرف في أمواله كلها أو بعضها حتى يتم الحكم في الدعوى الجزائية^(٩٣).

ومع ذلك ، أجاز القانون لكل ذي شأن أو صاحب مصلحة كالمتهم مثلاً أو الغير حائز المال أن يتظلم للمحكمة المختصة من الأمر الصادر من النائب العام بالمنع من التصرف. ولكن لا يجوز إبداء التظلم إلا بعد فوات ثلاثة أشهر من صدور الأمر. ومفاد ذلك أن الأمر الصادر من النائب العام بمنع المتهم من التصرف في أمواله يكون محصناً وسارياً ونافاً لمدة ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ صدوره ، ولا يجوز المساس به بأي شكل^(٩٤)، ونعتقد أن المشرع بذلك قد أتاح لسلطات التحقيق وقتاً معقولاً للتحري عن حقيقة ومصدر أموال المتهم، مع سلب هذا الأخير أية وسيلة لرفع المنع من التصرف في أمواله خلال الثلاثة أشهر المذكورة ، وبحيث لا يبدأ حق المتهم في التظلم من الأمر إلا بعد مرور الفترة المذكورة من تاريخ صدور الأمر بالمنع.

فإذا مرت الثلاثة أشهر المشار إليها ، ورأى المتهم التظلم من الأمر بالمنع من التصرف في الأموال ، فعلى المحكمة أن تفصل في التظلم على وجه السرعة إما برفضه أو بإلغائه أو بتعديله مع تقرير الضمانات اللازمة لذلك. فمثلاً ، إن قررت المحكمة إلغاء أمر المنع ، فقد ترى مقابل ذلك أن

(٩٣) المادة (٨) فقرة أولى من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٩٤) المادة (٨) فقرة ثانية من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً.

يقوم المتهم بتقديم كفالة مقبولة ، كذلك قد تقرر المحكمة تعديل أمر المنع ليقصر على أموال بعينها دون غيرها . وفي كل الأحوال ، للمحكمة سلطة تقديرية في تقرير الضمانات إن كان لها مقتضى^(٩٥).

وإذا رفضت المحكمة التظلم المقدم من المتهم أو من أي من ذوي الشأن ، فلا يجوز لمن رُفِضَ تظلمه إعادة التظلم إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الفصل في التظلم^(٩٦) . ولكن هل يجوز تكرار التظلم أكثر من المراتين المذكورتين عن ذات الأمر الواحد الصادر بالمنع من التصرف في الأموال ؟ نرى عدم جواز ذلك ، وإلا أصبح التظلم بلا حدود . وعليه ، إذا صدر أمر المنع من التصرف في الأموال ، كان لأي من ذوي الشأن أن يتظلم من ذلك الأمر بعد مضي ثلاثة أشهر من صدوره . فإذا ما رفضت المحكمة المختصة ، كان لدوي الشأن التظلم مرة أخرى بعد مرور ستة أشهر من تاريخ رفض التظلم الأول . وإذا رفضت المحكمة التظلم الثاني ، فلا يجوز إعادة التظلم مرة ثالثة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ الفصل في التظلم الثاني^(٩٧) . وعلى أية حال ، أجاز القانون للنائب العام العدول عن أمر منع التصرف في الأموال أو تعديله ووفقاً لمقتضيات التحقيق^(٩٨).

(٩٥) المادة (٨) فقرة ثلاثة من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً .

(٩٦) المادة (٨) فقرة ثلاثة من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً .

(٩٧) وعلى أي الأحوال ، يندر في العمل مثل هذا الفرض ، حيث عادة ما يتم إحالة القضية إلى المحكمة قبل ذلك .

(٩٨) المادة (٨) فقرة رابعة من القانون الكويتي المشار إليه سابقاً .

ثانياً - الأحكام الخاصة :

نظراً لخطورة جرائم غسيل الأموال وتأثيرها العميق على المجتمع الكويتي وانعكاساتها الضارة على الاقتصاد وما قد يتضمنه من جرائم أولية كالمخدرات وتمويل الإرهاب ، فقد رأى المشرع الخروج - في قانون غسيل الأموال - عن بعض الأحكام العامة في قانون الجزاء من حيث عدم سقوط الدعوى الجزائية بمضي المدة ، وعدم سقوط العقوبة بمضي المدة ، وعدم تطبيق أحكام الامتناع عن النطق بالعقاب ووقف التنفيذ . ومن جهة أخرى ، رأى المشرع منح المحكمة السلطة التقديرية في الإعفاء من العقاب عن جريمة غسيل الأموال في حالات محددة ، وذلك فضلاً عن بعض الأحكام الخاصة بالتعاون الدولي في جرائم غسيل الأموال .

(أ) الأحكام الاستثنائية :

١ - عدم سقوط الدعوى الجزائية بمضي المدة :

تنص المادة ١/٩ من قانون غسيل الأموال الكويتي على أن "لا تسقط بمضي المدة الدعوى الجزائية في أي من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من هذا القانون والتي تقع بعد العمل به" . ومفاد ذلك أن الدعوى الجزائية في جرائم غسيل الأموال لا تسقط بفوات المدة ، وبما يشكل خروجاً على القاعدة في قانون الجزاء والتي تقررها المادة الثالثة من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ بنصها على أن "تسقط الدعوى الجزائية في الجنايات بمضي عشر سنوات من يوم وقوع

الجريمة^(٩٩) . ولما كانت جريمة غسيل الأموال من الجرائم المعتبرة جنائية طبقاً للقانون الكويتي ، فإن مرور عشر سنوات من وقوع تلك الجريمة لا يؤدي إلى سقوط الدعوى الجنائية . وهذا الحكم الاستثنائي يؤكد بجلاء حرص المشرع الكويتي على ملاحقة مرتكبي جرائم غسيل الأموال مهما طالت المدة في إكتشاف الجرائم المذكورة ، لاسيما وأن جرائم غسيل الأموال تنطوي بطبيعتها على أساليب للتمويه والتعتيم ، وحتى لا يقلت مرتكبي تلك الجرائم بجرمهم الشائن^(١٠٠) .

٢- عدم سقوط العقوبة بمضي المدة :

تنص المادة ٢/٩ من قانون غسيل الأموال الكويتي على أن "ولا تسقط بمضي المدة العقوبة المحكوم بها بعد العمل بهذا القانون في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ منه" . وهذا النص استثناء على القاعدة العامة التي تقررها المادة الرابعة من قانون الجزاء الكويتي من أنه تسقط العقوبات المحكوم بها في الجنايات بمضي عشرين سنة من وقت صيرورة الحكم نهائياً^(١٠١) . ومفاد ذلك أنه بصدر الحكم بعقاب الجاني في إحدى جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها بالمادة الثانية من القانون ، فإن هذه العقوبة لا تسقط مهما طالت المدة حتى ولو مر عشرون عاماً على صدور الحكم النهائي بالعقاب . وينبغي على ذلك أنه يمكن ملاحقة الجاني

(٩٩) المادة الثالثة من قانون الجزاء الكويتي .

(١٠٠) ولا يوجد في القانون المصري واللبناني والإماراتي نظير هذا الحكم الخاص الوارد في

القانون الكويتي بعدم سقوط الدعوى الجزائية في جرائم غسيل الأموال .

(١٠١) المادة الرابعة من قانون الجزاء الكويتي .

لتنفيذ العقوبة الصادرة في حقه مهما تهرب من التنفيذ . ومن ثم ، فإن نص المادة ٢/٩ من القانون يعبر عن رغبة المشرع الكويتي الواضحة في إنزال العقاب على الجناة في جرائم غسيل الأموال بغض النظر عن المدة التي انقضت بعد صدور أحكام ضدهم في الجرائم المذكورة^(١٠٢) .

٢- عدم تطبيق أحكام الامتناع عن النطق بالعقاب :

يجيز قانون الجزاء الكويتي للمحكمة إن رأت من أخلاق المتهم وماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام ، وذلك فيما إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الحبس ، أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب^(١٠٣) . هذه القاعدة المقررة في قانون الجزاء لا تنطبق على جرائم غسيل الأموال . فلا يجوز أن تعامل المحكمة المتهم في إحدى جرائم غسيل الأموال بأي نوع من الشفقة، فلا عبرة في الجرائم المذكورة بأخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة . ومن ثم فإن المشرع الكويتي رأى أن جرائم غسيل الأموال في ذاتها من الجرائم الجسيمة التي يتعين فيها على المحكمة النطق بالعقاب بصرف النظر عن الظروف التي كانت تجيز للمحكمة الامتناع عن النطق بالعقاب وفقاً لنص المادة ٨١ من قانون الجزاء الكويتي^(١٠٤) .

(١٠٢) ولا يوجد في القانون المصري واللبناني والإماراتي نظير لهذا الحكم الخاص الوارد في القانون الكويتي بعدم سقوط العقوبة في جرائم غسيل الأموال .

(١٠٣) راجع المادة ٨١ من قانون الجزاء الكويتي .

(١٠٤) ولا يوجد في القانون المصري واللبناني والإماراتي نظير لهذا الحكم الخاص الوارد في القانون الكويتي بعدم تطبيق أحكام الإمتناع عن النطق بالعقاب في جرائم غسيل الأموال .

٤- عدم تطبيق قاعدة وقف التنفيذ في جرائم غسيل الأموال :

يجيز قانون الجزاء الكويتي للمحكمة اذا قضت بحبس المتهم مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم إذا ما تبين من أخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته ما يحمل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام^{١٠٥} . وطبقاً للمادة ٣/٩ من قانون غسيل الأموال الكويتي ، لا يجوز تطبيق قاعدة وقف تنفيذ الحكم الجنائي المقررة في قانون الجزاء^{١٠٦} وبذلك فقد رفض المشرع تخفيف العقاب على الجناة في جرائم غسيل الأموال وعدم جواز الأمر بوقف تنفيذ الأحكام الصادرة ضدهم بالحبس ، نظراً لخطورة الجرائم المذكورة^{١٠٧} .

(ب) أحكام التعاون الدولي

لما كانت جريمة غسيل الأموال هي بطبيعتها جريمة دولية في الأعم من الحالات لما تثيره عادة من نقل أو تحويل للأموال عبر الدول ، فقد أفرد المشرع الكويتي أحكاماً خاصة للتعاون الدولي في تلك الجرائم بغرض تعقب الجناة وضبط الأموال والوسائط المستخدمة في الجريمة . فقد أجازت المادة ١٧ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ للنيابة العامة في حالة تلقي طلباً من السلطة القضائية المختصة بدولة أخرى أن تأمر بتعقب أو حجز الممتلكات أو العائدات أو الوسائط المرتبطة بجرائم منصوص عليها في القانون المشار إليه وذلك إذا ارتكبت تلك الجرائم في

(١٠٥) راجع المادة ٨٢ من قانون الجزاء الكويتي .

(١٠٦) ولا يوجد في القانون المصري والبناني والإماراتي نظير لهذا الحكم الخاص الوارد في القانون الكويتي بعدم تطبيق أحكام قاعدة وقف التنفيذ في جرائم غسيل الأموال

الدولة الأخرى وبالمخالفة لقوانينها وذلك إذا وجدت اتفاقية ثنائية مصدق عليها مع تلك الدولة في هذا الشأن أو طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل^(١٠٧).

كما أجازت المادة ١٨ من القانون الكويتي لمحكمة الجنايات أن تأمر بتنفيذ أي حكم نهائي واجب النفاذ صادر من محكمة مختصة في دولة أجنبية إذا كان ذلك الحكم يقضي صراحة بمصادرة الأموال أو العائدات أو الوسائط المرتبطة بجريمة غسل الأموال وذلك إذا وجدت اتفاقية ثنائية مصدق عليها مع تلك الدولة في هذا الشأن ، أو طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، على أن تكون الأموال المصادرة بموجب الحكم الأجنبي مما يجوز مصادرتها في نفس الظروف طبقاً لأحكام القانون الكويتي ، وذلك كله دون الإضرار بحقوق الغير حسن النية. ومع ذلك إذا تضمن الحكم الأجنبي بنوداً متعلقة بحقوق الغير فإنها تكون ملزمة للمحكمة الكويتية إذا كان هذا

(١٠٧) المادة ١٢ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢. وأيضاً المذكرة الإيضاحية في ص ٤.

كما تنص على حكم مماثل المادة ٢١ من القانون الإتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات من أنه : "يجوز للسلطة القضائية المختصة بناء على طلب من سلطة قضائية بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقية مصدق عليها أو بشرط السعالة بالمثل إذا كان الفعل الإجرامي معاقباً عليه في الدولة، أن تأمر بتعقب أو تجميد أو وضع الحجز التحفظي على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط الناتجة عن جريمة غسل الأموال أو المستخدمة فيها".

كما تجيز المادة ١٩ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ للجهات القضائية المصرية " أن تطلب - على وجه الخصوص - اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتعقب أو تجميد الأموال موضوع جرائم غسل الأموال أو عائداتها أو الحجز عليها ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية".

الغير لم يطالب بحقوقه أمام القضاء الوطني^(١٠٨).

ثانياً - الإعفاء من العقاب :

تنص المادة العاشرة من قانون غسيل الأموال الكويتي على أن "للمحكمة أن تعفي من العقوبة المقررة بالمادتين ٦ ، ٧ كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة عن الجريمة ومرتكبها قبل علمها به".^{١٠٩} وعليه، يجوز للمحكمة أن تمتنع عن النطق بالعقوبة بالنسبة للجاني الذي يتحقق بشأنه شرطان: الأول ، أن يبادر الجاني طواعية بإبلاغ السلطات المختصة عن الجريمة وعن الجناة الآخرين المتورطين فيها ؛ والثاني ، أن

(١٠٨) المادة ١٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ ، والمذكرة الإيضاحية للقانون المذكور، ص ٤. كما تنص المادة ٢٢ من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "يجوز الاعتراف بأي حكم أو أمر قضائي ينص على مصادرة أموال أو محتلات أو وسائط متعلقة بجرائم غسل الأموال يصدر من محكمة أو سلطة قضائية مختصة بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقية مصادق عليها". كما تنص المادة ٢٠ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "يجوز للجهات القضائية المصرية المختصة أن تأمر بتنفيذ الأحكام الجنائية النهائية الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية المختصة بمصادرة الأموال المتحصلة من جرائم غسل الأموال أو عائداتها ، وذلك كله وفق القواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف التي تكون مصر طرفاً فيها".

كما يجوز إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تنظم التصرف في حسيمة الأموال المحكوم نهائياً بمصادرتها - في جرائم غسل الأموال من جهات قضائية مصرية أو أجنبية - تتضمن قواعد توزيع تلك الحسيمة بين أطراف الاتفاقية وفقاً للأحكام التي تنص عليها".^{١١٠} وراجع في أحكام التعاون الدولي في جرائم غسل الأموال طبقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من الاتفاقية المذكورة ؛ كذلك :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Regulations...."

المقالة المشار إليها ، ص ٤٤٣-٤٤٤.

يتم هذا الإبلاغ قبل أن يتصل علم السلطات المختصة بالجريمة ومرتكبها^(١٠٩). وعلى أي الأحوال، يبقى أمر الاعفاء من العقاب من إطلاقات المحكمة حتى ولو توافر هذان الشرطان. فالاعفاء من العقاب جوازي. وقد أعطى القانون للمحكمة سلطة الاعفاء من العقاب في هذه الأحوال بغرض تشجيع وحث المتورطين في جرائم غسيل الأموال على التراجع عن تلك الجرائم وكشف النقاب عنها للسلطات المختصة لضبط الفاعلين وعقابهم.

(١٠٩) وتنص المادة ١٧ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن "يعفى من العقوبات الأصلية المقررة في المادة ١٤ من هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ الوحدة أو أي من السلطات المختصة بالجريمة قبل العلم بها، فإذا حصل الإبلاغ بعد العلم بالجريمة تعين للإعفاء أن يكون من شأن الإبلاغ ضبط باقي الجناة أو الأموال محصل الجريمة". ويلاحظ أن هناك farkاً بين نص القانون الكويتي والقانون المصري في شأن الإعفاء من العقاب عند الإبلاغ عن الجريمة. ذلك أن القانون الكويتي يتطلب للإعفاء أن يحصل الإبلاغ قبل علم السلطات المختصة بها، بينما يسمح القانون المصري بالإعفاء عند حصول الإبلاغ سواء قبل علم السلطات المختصة بالجريمة أو بعد علمها بها ولكن في الحالة الأخيرة، فإنه يشترط للإعفاء - طبقاً للقانون المصري - أن يكون من شأن الإبلاغ، الذي يحصل بعد علم السلطات المختصة بالجريمة، ضبط باقي الجناة أو الأموال محل الجريمة. وعلاوة على هذا، فإن الإعفاء من العقاب في القانون المصري يقتصر على العقوبات الأصلية المقررة في المادة ٤ من ذلك القانون. كما أن الإعفاء في القانون الكويتي جوازي، بينما لا يبدو كذلك في القانون المصري.

المبحث الثاني **التزامات البنوك والمؤسسات المالية والجزاءات**

تمهيد وتقسيم .

نص القانون الكويتي على التزامات معينة يجب أن تتقيد بها البنوك وشركات الاستثمار ومؤسسات وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية والأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير المالية . ويتسع نطاق هذه الالتزامات من خلال النص في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون الكويتي على وجوب "الالتزام بالتعليمات والقرارات الوزارية التي تصدر إليها من الجهات الحكومية المشرفة عليها بخصوص البود السابق ذكرها (أي البنود المذكورة في صدر المادة) وكذلك بأي تعليمات وقرارات وزارية أخرى ذات صلة بمكافحة عمليات غسيل الأموال " . وبما يجعل للتعليمات الصادرة في هذا الشأن من بنك الكويت المركزي قوة الالتزام القانوني .

كما بين القانون جزاء عدم الانصياع بالالتزامات المنصوص أو التقصير في التقيد بها .

وفيما يلي نتناول بالشرح والتحليل الالتزامات التي يتعين على البنوك وغيرها من المؤسسات المالية أن تأخذ بها ، وجزاء الإخلال بها ، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول . التزامات البنوك والمؤسسات المالية الكويتية

المطلب الثاني : الجزاءات في القانون الكويتي

المطلب الثالث . الالتزامات والجزاءات في القوانين الأخرى

المطلب الأول

الالتزامات البنوك والمؤسسات المالية الكويتية

- نطاق الالتزامات من حيث الأشخاص والموضوع:

تنص المادة الثالثة من قانون غسيل الأموال الكويتي على التزامات البنوك والمؤسسات المالية. ويرد على هذه الالتزامات ملحوظتان: الملحوظة الأولى، اتساع نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامها. إذ تنطبق الالتزامات المذكورة على البنوك وشركات الاستثمار وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية، فضلاً عن الأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير المالية. وعليه، يتسع النطاق الشخصي للمخاطبين بحكم المادة الثالثة من القانون المذكور ليشمل كافة المؤسسات المالية كصناديق الاستثمار، وبورصة الكويت للأوراق المالية وغيرها من مؤسسات مالية. كما نرى أنه يجب على كافة المؤسسات المالية، سواء كانت عامة أم خاصة، التقيد بتلك الالتزامات. والدليل على هذا أن الفصل الثاني من القانون جاء عنوانه كما يلي "التزام المؤسسات المصرفية المالية والجهات الحكومية"^(١١٠). أما الملحوظة الثانية، فهي اتساع النطاق الموضوعي للالتزامات، إذ لا تقتصر على ما ورد في نص المادة الثالثة من القانون من التزامات، بل تنبسط على نحو خاص من خلال النص في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة على "الالتزام التام بالتعليمات والقرارات الوزارية التي تصدر إليها من الجهات الحكومية المشرفة عليها بخصوص البنود السابق ذكرها (أي الالتزامات المذكورة بالمادة) وكذلك بأي تعليمات وقرارات وزارية أخرى

(١١٠) راجع الفصل الثاني من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

ذات صلة بمكافحة عمليات غسيل الأموال " . وهكذا^(١١١)، فإن التزامات البنوك لا تقتصر على ما ورد منها في المادة الثالثة من القانون ، بل تمتد كذلك إلى التعليمات الصادرة من بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص ، وهي التعليمات رقم (٢/٢٠٠٢/ر) في الثاني والعشرين من أكتوبر عام ٢٠٠٢ والتي بدأ العمل بها اعتباراً من الأول من ديسمبر ٢٠٠٣ (تعليمات البنك المركزي).

وينبغي على ذلك ، أن تعليمات البنك المركزي لها نفس الأثر والالتزام القانوني للبنوك في مجال غسيل الأموال . كما تترتب نفس الجزاءات القانونية الواردة بالقانون عند مخالفة أي منها . وفيما يلي نتناول بالشرح والتحليل التزامات البنوك وغيرها من المؤسسات المالية .

أولاً - عدم الاحتفاظ بأي حسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات:

طبقاً للمادة ١/٣ من قانون غسيل الأموال الكويتي لا يجوز للبنوك وشركات الاستثمار ومؤسسات وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية وغيرهم ممن يصدر بتحديدهم قرار من وزير المالية أن تحتفظ بأي حسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات^(١١٢) . والحظر المذكور ذو شقين ، إذ يجب على تلك المؤسسات المالية إغلاق تلك الحسابات القائمة لديها عند بدء العمل بالقانون . كما يجب عليها ألا تقوم في المستقبل بفتح مثل هذه الحسابات

(١١١) المادة (٣) الفقرة الأخيرة من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(١١٢) المادة (٣) فقرة أولى من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

بالذكر أن العمل المصرفي قد جرى في البنوك الكويتية على عدم فتح حسابات مجهولة الهوية أو بأسماء رمزية حتى قبل العمل بالقانون المذكور وذلك تنفيذاً لتعليمات بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص^(١١٣). وتؤكد هذا الالتزام بعد العمل بقانون غسيل الأموال الكويتي^٠ وهناك فارق بين قاعدة سرية الحسابات المصرفية وبين الحسابات السرية. إذ ينصرف مفهوم سرية الحسابات المصرفية إلى التزام البنك بالمحافظة على أسرار عملائه ومراكزهم ومعاملاتهم المالية في علاقتهم مع البنك من اطلاع الغير عليها دون مبرر مشروع أو مسوغ قانوني^(١١٤). وإخلال البنك بذلك الالتزام فيه اعتداء على حق العميل في الخصوصية، وبما يرتب المسؤولية التعاقدية للبنك بالتعويض، سواء كان الإخلال قد حصل بتعمد أو بإهمال وعدم اكتراث^(١١٥). أما الحسابات السرية فهي تلك الحسابات العارية من التعريف بالهوية الحقيقية

(١١٣) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٩٧/٥٠/ب/٢) المؤرخة ١١/١٧/١٩٩٧.

(١١٤) راجع في الفقه العربي: الدكتور سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة

عين شمس - القاهرة ١٩٩٢) وبصفة خاصة ص ٢٢٤-٢٢٦؛ أيضاً:

Dr. Fath El-Rahman El-Sheikh, "Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice- A Middle Eastern Perspective", Volume 14 Dickinson Journal of International Law, pp. 577-593 (Spring 1996); Cadmen, Joanne Greig, "Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIV th International Congress of Comparative Law: Boston, Kluwer Law International (1996)", Volume 8 Criminal Law Forum, pp 485-492 (1997).

راجع كذلك: الدكتور ماجد عمار، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال، ص ١٤١ وما بعدها؛
أيضاً:

Rosalind Wright, "Keynote Address to the International Cambridge Symposium on Economic Crime", Volume 7 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 304-307 (April 2000).

(١١٥) راجع: الدكتور إدوارد عيد، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى - بيروت ١٩٩٧)، ص ٤٩٨.

للعمل كالحسابات المجهولة أي غير الاسمية (الحسابات الرقمية) وكالحسابات بأسماء وهمية أو زائفة^(١١٦). وإذا كانت البنوك الكويتية ملزمة بقاعدة سرية الحسابات المصرفية، فإنه لا يجوز لها بأي شكل أن تفتح للعملاء حسابات سرية بأي شكل سواء كانت رقمية أو بأسماء وهمية أو زائفة^(١١٧). وذلك على خلاف الحال في دول أخرى مثل لبنان وسويسرا ولكسمبورج. فمثلاً في لبنان، أجاز قانون المصارف الصادر في أيلول (سبتمبر) ١٩٥٦ للبنوك اللبنانية أن تقوم بفتح الحسابات المرقمة، ولم يتغير هذا الوضع حتى بعد صدور القانون اللبناني بشأن مكافحة تبييض الأموال، وكل ما هناك أنه في حالة كون الحسابات مرقمة، فإنه يجري التحقق من هوية العميل بواسطة مدير المصرف الذي تولى فتح الحسابات المذكورة^(١١٨). وفي لكسمبورج، من المألوف أن يتم

(١١٦) راجع:

Berta Esperanza Hernandez, "Money Laundering and Drug Trafficking Controls...."

المقالة المشار إليها، ص ٢٤٤: كذلك:

Brian R. Allen, "The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe", Volume 28 Texas International Law Journal, pp 3-117 (Winter 1993).

(١١٧) تعليمات بنك الكويت المركزي المشار إليها، بند (١)، ص ٢.

(١١٨) الدكتور إدوارد عيد، العقود التجارية وعمليات المصارف. المرجع المشار إليه، ص ٤٩٣-

٤٩٦: كذلك: إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث)، عمليات المصارف (منشورات عويدات - بيروت - باريس ١٩٨٣) ص ٣٣٨-٣٤٨.

كما يلاحظ أن المادة الخامسة (أ) من قانون تبييض الأموال اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ تنص على أنه يجب "التحقق من الهوية الحقيقية للزبائن الدائمين للمؤسسات المصرفية والمالية وتحديد هوية صاحب الحق الإقتصادي في حال تم التعامل بواسطة وكلاء أو تحت ستار أسماء مستعارة عائدة لأشخاص أو لمؤسسات أو شركات أو عن طريق حسابات مرقمة". =

فتح الحسابات بأسماء زائفة False names ، وشركات وأفراد أحانب بأسماء مواطنين ، كما أن الغالبية الساحقة من الحسابات المصرفية هي حسابات رقمية^(١١٩).

وعليه ، فطبقاً لقانون غسيل الأموال الكويتي وتعليمات بنك الكويت المركزي يحظر على البنوك الاحتفاظ أو فتح حسابات بأسماء مجهولة الهوية . أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أيأ كان نوع الحسابات كالحسابات الجارية، التوفير ، الأمانة ، حسابات الودائع بمختلف أنواعها . حسابات المحافظ المالية والاستثمارية وغير ذلك من أنواع الحسابات الأخرى .

وفي مصر ، كانت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ تجبر للبنوك المصرية أن تفتح حسابات بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع مرقمة ، ولا يجوز أن يعرف أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسؤولين بالبنك الذين يصدر بتحديددهم قرار من مجلس إدارة البنك ، ولا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم أو النائب القانوني أو الوكيل أو بناء على حكم قضائي أو حكم

=بوصفة عامة راجع في مشكلة غسيل الأموال في القانون اللبناني - قبل صدور قانون تبيض الأموال المذكور:

Mohammad I. Fheili, "Lebanon: The Fight Against Money Laundering", Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 283-299 (Winter 2001).

(١١٩) راجع :

Brian R. Allen, "The Banking Confidentiality Laws of Luxemburg....

المقالة المشار إليها . ص ص ٩٠-٩١

محكمين^(١٢٠)، على أن المادة ٢/٨ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسيل الأموال تنص على أنه لا يجوز للمؤسسات المالية - وبما يشمل البنوك العاملة في مصر وفروعها في الخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر - فتح حسابات أو ربط ودائع، أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية^(١٢١)، ونرى أن المشرع المصري بنصه على حظر فتح الحسابات المجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية قد نسخ نص المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ تطبيقاً لقاعدة أن النص اللاحق ينسخ السابق. وقد يعترض البعض على الرأي المتقدم بأن المشرع في القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ قد حظر فتح الحسابات أو ربط الودائع المرقمة بالعملة الوطنية أي بالجنيه المصري، وسمح بذلك بالنسبة للنقد الأجنبي، وأن نص المادة ٢/٨ من قانون غسيل الأموال يسري كذلك في هذا النطاق، بمعنى أن حظر فتح حسابات أو ربط أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية ينصرف إلى الحسابات والودائع بالعملة المحلية وليس بالنقد الأجنبي، وبذلك يمكن إعمال المادتين المذكورتين حياً إلى جنب، فيكون حظر الحسابات والودائع المرقمة مقصور على العملة الوطنية، ومعمول به في الحسابات والودائع بالنسبة للنقد الأجنبي. وهذا النظر الأخير غير سديد من ناحيتين: فمن ناحية أولى، أن نص المادة ٢/٨ من قانون غسيل الأموال المصري لم تفرق في الحظر بين العملة المحلية والنقد الأجنبي، وبما ينبئ عن سريان الحظر أياً كان نوع العملة للحسابات أو الوديعة؛ ومن ناحية ثانية،

(١٢٠) راجع في شرح ذلك: الدكتور سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، المشار

إليه، ص ٢٤٣ وما بعدها.

(١٢١) المادة ٢/٨ من القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

فإن الحظر الوارد بنص المادة ٢/٨ المذكورة يسري ليس فقط على البنوك المصرية في مصر وإنما أيضاً على فروع البنوك المصرية العاملة بالخارج ، ومن المنطقي أن الحسابات والودائع في تلك البنوك الأخيرة تكون بالنقد الأجنبي، كما أن الحظر ينطبق أيضاً على فروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر، ومن المتصور أن معظم معاملات الفروع المشار إليها هي بالنقد الأجنبي. وعليه ، نرى أن حظر فتح حسابات أو ودائع مجهولة أو مرقمة أو بأسماء صورية أو وهمية يسري بالنسبة لكل من العملة الوطنية والنقد الأجنبي سواء بسواء استناداً لنص المادة ٢/٨ من قانون مكافحة غسل الأموال المصري .

ثانياً - الالتزام بمبدأ "اعرف عميلك" :

يستهدف مبدأ اعرف عميلك Know your customer منع استغلال أو استخدام البنوك وغيرها من المؤسسات المالية من جانب بعض العملاء كقنوات لغسيل الأموال ، وبما يقتضي أن تقوم المؤسسات المالية ، لاسيما البنوك ، بتطوير المعايير وطرق الحصول على المعلومات عن العملاء^(١٢٢).

(١٢٢) ولقد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي . اعترافاً منه بحق كل بنك في تقرير السياسة التي يعالج بها الأمور في علاقته بعملائه . أن يترك لكل بنك الحرية في تطوير نظامه الداخلي للتعرف على العملاء ، طالما أن هذا لا يخل بالهدف الرئيسي من تطبيق سياسة اعرف عميلك . ولكن بشرط أن تتوافر في البرامج بعض المعايير والمعلومات التي تمثل الحدود الدنيا لأي برنامج يضعه أي بنك من البنوك الأمريكية، وأهم هذه المعايير:

- ١- تحديد الهوية الحقيقية للعميل . ٢- تحديد مصدر أموال العميل أو مصادر تمويل عملياته المصرفية . ٣- تحديد العمليات المصرفية المألوفة التي يقوم بها العميل مع البنك بصفة اعتيادية . ٤- مراقبة النشاط المصرفي للعميل للتأكد مما إذا كانت العمليات المصرفية التي يقوم بها تتدخل في النطاق المألوف والمتوقع للنشاط العام لهذا العميل في إطار مهنته أو حرفته التجارية مثلاً ٥- تحديد وتعيين العمليات المصرفية للعميل والتي يظهر أنها غير متوافقة مع نشاطه العادي =

=المألوف أو المتوقع. ٦- التأكيد بقدر الإمكان عما إذا كانت العملية المصرفية التي يقوم بها العميل تحيط بها الشبهات وفقاً للسياسة التي يضعها البنك.

ويوجب النظام الذي وضعه بنك الاحتياطي الفيدرالي على كل بنك أن يقدم برنامجاً مكتوباً بسياسته في إطار مبدأ "اعرف عميلك"، وأن يثبت أنه يقوم بتنفيذ هذا البرنامج بدقة.

ولقد ثار التساؤل عما إذا كانت هناك شروط معينة تتعلق بحجم أو نوع العملية المصرفية التي يتعين على البنك أن يطبق عليها سياسة "اعرف عميلك"؟ ولقد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي أن هذه السياسة يتعين على كل بنك أن يقوم بتطبيقها بغض النظر عن حجم العملية المصرفية. وبصرف النظر عن شكلها أو تكوينها من الناحيتين المصرفية والقانونية. وعليه، يجب على البنك تطبيق سياسة "اعرف عميلك" في كل العمليات المصرفية من فتح حسابات أو قبول ودائع أو القيام بتحويل أو قبول أو سحب أوراق تجارية. أو فتح خزائن جديدة أو منح تسهيلات أو الحصول على قروض إلى غير ذلك من عمليات مصرفية أخرى. كما تقضي قاعدة "اعرف عميلك" أن يحتفظ كل بنك بكل الوثائق المثبتة لهوية العميل ولعملياته المصرفية، وبحيث تكون هذه الوثائق متاحة لبنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي في غضون ٤٨ ساعة في حالة ما إذا طلبها من أحد البنوك العاملة تحت إشرافه.

ولقد أبدت بعض البنوك الأمريكية مخاوفها من أن التطبيق الصارم لقاعدة "اعرف عميلك" قد يؤدي إلى الحد من قدرتها التنافسية في القيام بالعمليات المصرفية على المستوى الدولي في فروعها الأجنبية المنتشرة في كافة أرجاء العالم، لأن ذلك قد يصطدم مع متطلبات السرية التي ينشدها العملاء في المعاملات الدولية. ومع ذلك، فإن بنك الاحتياطي الفيدرالي، صمم على تطبيق قاعدة "اعرف عميلك" حتى في معاملات البنوك الدولية. حرصاً على سمعة البنوك الأمريكية ودرءاً للمعاملات المشبوهة.

راجع:

Bruce Zagaris, "A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, pp. 1023-1116 (1999).

وبصفة خاصة في ص ١٠٢٣-١٠٢٦.

وفي مفهوم ومعايير مبدأ وسياسة "اعرف عميلك" طبقاً لتوصيات لجنة بازل والتوصيات الأربعين في لجنة العمل المالية الدولية، راجع:

Kern Alexander, "The International Anti-Money Laundering Regime....

المقالة المشار إليها. ص ٢٣٧-٢٤٠

٢- العملاء العابرون:

العملاء العابرون Occassional customers هم الذين لا توجد لهم حسابات أو علاقة قائمة مع البنوك ويتقدمون بطلب خدمة ما ، أو إجراء عملية أو صفقة مع البنوك كتبديل العملات أو إجراء تحويل مصرفي للخارج أو استئجار خزائن حديدية وغيرها من الخدمات المصرفية^(١٢٨) . ولقد استخدمت تعليمات بنك الكويت المركزي تسمية العملاء الطارئین للدلالة على هذه الفئة من العملاء. وتوجب التعليمات المذكورة على البنوك ، قبل تنفيذ العمليات أو الخدمات المطلوبة ، استيفاء وثائق الهوية الشخصية المشار إليها في البند (٣) من التعليمات المذكورة . وعليه ، فإنه بالنسبة للعميل العابر الفرد الكويتي أو غير الكويتي المقيم ، فإنه يتعين استيفاء صورة البطاقة المدنية الصالحة ؛ وبالنسبة للأفراد غير الكويتيين غير المقيمين ، فإنه يتعين استيفاء صورة وثيقة السفر وبشرط صلاحيتها . وبالنسبة للأفراد أصحاب المؤسسات ينبغي الحصول منهم على صورة البطاقة المدنية فضلاً عن صورة الترخيص الصادر لهم من وزارة التجارة والصناعة وبشرط صلاحية تلك المستندات . وبالنسبة للشركات ، فإنه يجب الحصول منهم على صورة عقود تأسيسهم الموثقة من الجهات المختصة^(١٢٩) .

(١٢٧) السابق ، ص ص ٢-٣.

(١٢٨) السابق ، بند رقم (٤) ، ص ٣. كذلك : في القانون اللبناني ، المادة (٥) (ب) من قانون تبيض الأموال رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١.

(١٢٩) السابق ، بند رقم (٣) وبند رقم (٤) ، ص ص ٢-٣.

وتلزم التعليمات البنوك بأن تمتنع عن تنفيذ المعاملة أو إجراء العملية المصرفية لهؤلاء العملاء في حالة عدم استيفاء الأوراق والمستندات المذكورة^(١٣٠).

٤- تحديد المستفيد من الحساب وسلطته في تشغيله :

تلزم تعليمات بنك الكويت المركزي البنوك بواجب التحقق من أن العميل الذي تم فتح الحساب باسمه هو المستفيد من ذلك الحساب . ويشير ذلك بصفة خاصة إلى ضرورة التحقق من أن العمليات التي تجرى على الحساب تكون من صاحب الحساب نفسه ولصالحه ؛ وبعبارة أخرى ، فإنه ينبغي أن يكون العميل هو المستفيد الحقيقي من الحساب المفتوح باسمه . ويسري هذا الالتزام بالنسبة إلى كافة الحسابات الجديدة بكافة أشكالها ، وكذلك بالنسبة للحسابات القائمة لدى البنوك^(١٣١).

ولكن كيف يتم التحقق من أن العميل هو المستفيد من الحساب المفتوح باسمه ، وكيف يمكن التحقق من سلطة الشخص القائم بتشغيل الحساب نيابة عن العميل؟

تقرر تعليمات بنك الكويت المركزي بأنه يتعين على البنوك استيفاء اقار من العميل عند فتح الحساب يفيد بأنه المستفيد من الحساب المفتوح باسمه^(١٣٢) . ونرى أنه يجوز أن يكون هذا الاقرار مستقلاً أو يرد كأحد البنود في عقد فتح الحساب مع البنك وذلك بالنسبة للحسابات الجديدة . أما بالنسبة

(١٣٠) السابق . بند رقم (٤) ص ٣

(١٣١) السابق بند رقم (٥) ص ٣

(١٣٢) السابق

لحسابات القائمة ، فلا يتصور إلا أن يكون الإقرار المذكور بورقة مستقلة ، وإن تعين الإشارة فيها إلى الحساب المفتوح باسم العميل لدى البنك موضوع الإقرار . كما نرى أيضاً أن مجرد حصول البنك من العميل على الإقرار المذكور ليس كافياً بذاته لدرء أية مسؤولية على البنك ، إذ على البنك - حتى مع الحصول على ذلك الإقرار - أن يبذل العناية الكافية للتأكد من أن العمليات والمعاملات التي تجرى على الحساب أو من خلاله هي لصالح العميل المفتوح باسمه الحساب ، لاسيما فيما لو ثارت لدى البنك شبهات حول طبيعة نشاط العميل .

وتنص تعليمات بنك الكويت المركزي بأنه "في حالة قيام العميل بفتح حساب نيابة عن الغير ، فإنه يتعين استيفاء المستندات المؤيدة لطبيعة ونطاق التمثيل القانوني"^(١٣٣) . ويتناول هذا البند من التعليمات حالة قيام شخص بفتح حساب لدى البنك باسم شخص آخر ، كأن يكون وكيلاً عنه في هذا الشأن . ومن ثمَّ فإنَّ العميل صاحب الحساب هو ذلك الشخص الآخر أي الموكل ، وليس الشخص الذي تولى إجراءات فتح الحساب لدى البنك . لذلك نعتقد أن التعليمات من هذه الزاوية غير دقيقة التعبير ، إذ عكست الوضع فجعلت أن العميل هو الذي يقوم بفتح حساب نيابة عن الغير . والواقع أن هذا (الغير) عبرت عنه التعليمات هو في حقيقة الأمر وفي نظر القانون هو العميل ، بينما أن ما عبرت عنه التعليمات بأنه (العميل) إنما هو في واقع الأمر هو الغير كالوكيل مثلاً أو النائب القانوني أو الاتفاقي . وعلى أي الأحوال ، فإنه في حالة فتح حساب نيابة عن الغير ، فإنه يتعين على البنك أن يقوم

(١٣٣) السابق ، البند رقم (٥) فقرة ٢ ، ص ٣.

باستيفاء المستندات المؤيدة لذلك ، كالتوكيل الصادر للغير من العميل ، أو المستندات المؤيدة للنيابة في فتح الحساب فيما لو كان الحساب يفتح لقاصر مثلاً . كما يكون على البنك واجب التحقق من سلطة الوكيل أو النائب في إبرام عقد فتح الحساب وإدارته . كما تقضي التعليمات بأن القواعد المتقدمة تنطبق على الحسابات التي يتم فتحها من قبل المحامين نيابة عن عملائهم ، إذ يتعين على البنوك استيفاء اسم أو أسماء العملاء المستفيدين من الحسابات المذكورة مؤيدة بالمستندات القانونية اللازمة^(١٣٤) .

وبالنسبة للأشخاص الاعتباريين ، تقضي التعليمات بوجوب أن يقوم البنك بالتحقق من "وجود المؤسسة / الشركة ومقرها وأسماء المديرين المفوضين فيها" ويكون التحقق من وجود الشركة باستيفاء صورة من عقد تأسيسها المنشئ لكيانها القانوني وشخصيتها الاعتبارية^(١٣٥) .

وعند فتح الحسابات للشركات التي تدير أو تحفظ الأموال لصالح الغير ، فإنه يتعين على البنوك أن تقوم بالتحقق من أن تلك الشركات مرخص لها بإدارة و/ أو حفظ أموال الغير ، وأنها تلتزم قانوناً بالتحقق من هويات وأنشطة عملائها الذين تدير أو تحفظ أموالهم^(١٣٦) . ولم تنص التعليمات على الوسيلة التي يمكن من خلالها للبنوك القيام بالتحقق من أن تلك الشركات عليها مثل هذا الالتزام ، ولا عن كيفية التحقق من تنفيذها لذلك الالتزام . ونرى أنه يمكن للبنوك القيام بهذه المهمة من خلال المستندات المؤيدة كعقود تأسيس

(١٣٤) السابق .

(١٣٥) السابق . سدرقم (٥) فقرة (٣) ، ص ٣

(١٣٦) السابق . سدرقم (٥) فقرة (٤) ، ص ٣

تلك الشركات ونظمها الأساسية ، كما نرى أن حصول البنوك على اقرار من الشركات المشار إليها بالتزامها بالتحقق من هويات وأنشطة عملائها كفيل بالقول بأن البنوك قد أوفت إلى حد كبير بالالتزام المنصوص عليه في التعليمات.

(ب) مخالفة العميل قواعد التحقق من الهوية أو تحديد المستفيد الحقيقي من الحساب/ الحسابات:

تقضي التعليمات بأنه يتعين على البنك أن يمتنع عن إقامة أية علاقة مصرفية مع العميل ، ولا يتم فتح أي حساب له لدى البنك . وذلك في الأحوال التي يرفض فيها العميل تقديم المستندات الدالة والمؤيدة لهويته ، أو إذا رفض العميل الإفصاح للبنك عن أي معلومات أخرى يراها البنك لازمة لنفي شبهات غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب ، أو إذا تبين أن العميل قد حاول تضليل البنك أو التموهيه عليه بأي وجه^(١٣٧).

ويكون على البنك أن يقوم فوراً بإنهاء العلاقة المصرفية مع العميل ، وذلك إذا قامت لدى البنك شكوك في أن العميل لا يتعامل على الحساب بالأصالة عن نفسه ولكن لصالح الغير أو لحساب أية جهة أخرى وعدم استجابه العميل لطلب البنك تزويده بالمستندات القانونية التي تكشف عن المستفيد الحقيقي من الحساب^(١٣٨) . كما يلتزم البنك باتخاذ نفس الإجراء فيما لو قامت لدى البنك أي شكوك بوجود تزوير في المستندات المقدمة من العميل عن المستفيد الحقيقي من الحساب . وهذا فضلاً عن قيام البنك بإبلاغ الجهات

(١٣٧) في هذا المعنى ، تعليمات بنك الكويت المركزي المشار إليها ، بند (٣) ص (٢) .

(١٣٨) السابق ، بند (٥) فقرة (٥) ، ص ٤ .

المختصة عن أية جريمة من جرائم غسل الأموال أو أي عملية مشبوهة كتمويل الإرهاب تثور لدى البنك مظنة قيام العميل باقترافها أو الشروع فيها.

وفضلاً عن ذلك ، يجب على البنك قفل حساب العميل فوراً إذا امتنع العميل عن الإفصاح عن المستفيد الحقيقي من ذلك الحساب ، أو إذا أفصح العميل عن المستفيد وتوفرت شكوك حول هذا الأخير للاشتباه في عمليات غسل الأموال أو تمويل الإرهاب^(١٣٩).

ثالثاً - التقيد بالمتطلبات النظامية :

تفرض التعليمات نوعين من القيود النظامية التي ينبغي على البنوك الوفاء بها وهي: الاحتفاظ بالوثائق والمستندات والأوراق في السجلات ، وموافاة بنك الكويت المركزي ببيان دوري عن المعاملات النقدية وفقاً للنموذج المعد لذلك.

(أ) الاحتفاظ بالوثائق والمستندات والأوراق :

تلزم التعليمات كافة البنوك بأن تحتفظ بطائفتين من الوثائق والمستندات والأوراق: تلك التي تخص العميل ، وأخرى تخص العمليات أو المعاملات . فأما الطائفة الأولى ، فهي تتضمن كافة المستندات والوثائق الخاصة بعملاء البنك سواء العملاء المحليين أو الدوليين ، بما في ذلك صور الهويات الشخصية لهم والمستندات الخاصة بهم . ويجب أن تتضمن وتظهر هذه الوثائق والمستندات بوضوح بيانات أساسية: كاسم العميل ، رقم هويته وتاريخ صلاحيتها ، وعقود التأسيس بالنسبة للعملاء الشركات . ويجب على

(١٣٩) السابق .

البنك الاحتفاظ بصور هذه الوثائق والمستندات لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إتمام المعاملة ، أو لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إقفال الحساب للعميل^(١٤٠) . أما بالنسبة للطائفة الثانية من المستندات فهي تلك التي تخص العمليات . ويقوم البنك بالاحتفاظ بصور المستندات للحسابات التي أقيمت والعقود التي انتهت والصفقات التي استحققت وذلك لمدة خمس سنوات من تاريخ الاقفال أو الانتهاء أو الاستحقاق . ويراعى وجوب الحرص على تضمينها البيانات والمعلومات الجوهرية عن المعاملات والتي تشمل كحد أدنى: اسم العميل ، المبالغ والعملة أو العملات المرتبطة بها ، نوع العملية . الغرض من العملية . كما يتم الاحتفاظ بالمستندات والأوراق الداعمة للقيود في الحسابات كالإشعارات الدائنة ، والإشعارات المدينة ، الشيكات وغيرها أو بصور عنها^(١٤١) .

ويجوز للبنك استخدام الوثائق والمستندات والأوراق المذكورة في أي تحقيق يخص عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، كما يجوز استخدامها من البنك عند تقديم أي تفسير أو معلومات إلى الجهات والسلطات الرقابية فيما يتعلق بمدى مراعاة سياسات وإجراءات مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب .

(ب) بيان المعاملات النقدية :

تقضي التعليمات بأنه يتعين على كل بنك القيام بموافاة بنك الكويت المركزي ببيان دوري يتضمن كافة المعاملات النقدية للعميل والتي تزيد أو

(١٤٠) السابق . بند (٧) ، ص ٤ .

(١٤١) في نفس المعنى ، التعليمات السابقة . بند (٧) ، ص ٤ .

تعاادل ثلاثة آلاف دينار كويتي للمعاملة الواحدة ، ويتم إعداد هذا البيان على نموذج معد لذلك وعلى الأوراق الرسمية للبنك ، ويتم إرساله إلى البنك المركزي بصورة دورية ربع سنوية ، بالإضافة إلى قرص ممغنط يشمل ذلك البيان .

وتلتزم البنوك بإعداد البيان المذكور لأية معاملة تساوي أو تزيد عن المبلغ المشار إليه ويترتب عليه تسليم البنك أموالاً نقدية ، وسواء تمت المعاملة بالدينار الكويتي أو بعملة أجنبية ، ودون تفرقة ، ولكن يستثنى من الإبلاغ الجهات الحكومية المحلية^(١٤٢) .

رابعاً - واجب التحري عن موظفي البنك وتوعيتهم ومسئولتهم :

(أ) - التحري عن الموظفين :

توجب التعليمات على البنوك اتخاذ وسائل مناسبة وفعالة للتحري عن أصحاب طلبات التوظيف الجديدة للتأكد من عدم تعيين أي موظف جديد تحوم حوله أية شبهات قد يترتب عليه تعريض البنك لمخاطر عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب^(١٤٣) .

(١٤٢) السابق ، بند رقم (٢٠) ص ٩ .

وتقضي التعليمات بأن "المقصود بالمعاملة النقدية هي أي معاملة يترتب عليها تسليم البنك أموال نقدية" . كما تقضي التعليمات بأنه "يستثنى من الإبلاغ كافة الجهات الحكومية المحلية . كما يمكن استثناء أي جهة أخرى من شروط الإبلاغ شرط تقديم كتاب يتضمن أسباب ومبررات الاستثناء المطلوب ، ولا يعمل بذلك الاستثناء إلا بعد حصول البنك المعني على موافقة مكتوبة من بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص" .

(١٤٣) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٣) ص ٧ .

(ب) - توعية الموظفين :

تقضي التعليمات بالتزام أي بنك بإشراك موظفيه ، لاسيما حديثي التعيين ، في برامج ودورات تدريبية وحلقات دراسية للتعريف بوسائل مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب . ويجب أن تستمر هذه البرامج بشكل دوري لرفع كفاءة وقدرات الموظفين بالبنك في التعرف على وتعقب العمليات المشبوهة والتصدي لها^(١٤٤).

وفضلاً عن ذلك ، فإنه يتعين على كل بنك أن يقوم بإحاطة جميع المسؤولين والموظفين بالبنك بصفة مستمرة بكافة المتطلبات المحلية والدولية في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، بما في ذلك التشريعات المحلية والتعليمات الرقابية والعقوبات والجزاءات المقررة فيها ، والإجراءات التي يتعين اتباعها في حالة الاشتباه في عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، معحث الموظفين على الاستعانة بدليل الإرشادات لأنماط العمليات المشبوهة ، المرفق بالتعليمات ، وتدريبهم على كيفية التعامل به واستخدامه للكشف عن العمليات المشبوهة^(١٤٥).

(ج) - مساءلة الموظفين وعقابهم :

توجب التعليمات على كل بنك أن يقوم باتخاذ الإجراءات القانونية وتوقيع العقوبات المناسبة على أي من الموظفين بما في ذلك رئيس الجهاز التنفيذي ونوابه ومساعديه ، وكذلك رئيس وأعضاء مجلس الإدارة ممن يثبت

(١٤٤) السابق . بند (١٦) ، فقرة (٤) ص ٨ .

(١٤٥) السابق ، بند (١٦) ، فقرة (٥) ص ٨ .

تقصيره في أداء مسؤولياته المحددة في تطبيق سياسات البنك وإجراءاته الخاصة بمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب^(١٤٦).

وتطبيقاً لذلك ، إذا انطوى سلوك الموظف أو المسئول بالبنك على إحدى جرائم غسل الأموال المقررة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسل الأموال ، أو إذا انطوى سلوك الموظف أو المسئول بالبنك على أي تقصير في أي من الالتزامات المفروضة بالقانون المذكور ، لاسيما عدم الإبلاغ عن العمليات المشبوهة ، فإنه يتعين على البنك أن يقوم طبقاً للقانون بإبلاغ النيابة العامة بالواقعة للتحقيق فيها ، ومع عدم الإخلال بحق البنك في توقيع العقوبات الإدارية على الموظف أو المسئول والتي قد تصل إلى حد العزل من الوظيفة .

وفي كل الأحوال ، يقوم البنك بإخطار بنك الكويت المركزي بتفاصيل الواقعة المنسوبة للموظف ونتائج التحقيق في الواقعة والإجراءات التي اتخذها البنك في هذا الخصوص^(١٤٧).

خامساً - تعزيز نظم الرقابة الداخلية بالبنك :

تعزيزاً لنظم الرقابة الداخلية للبنك تملأ التعليمات على البنوك الالتزام بما يلي:

أ- إعداد سياسة وإجراءات واضحة ودقيقة معتمدة من مجلس إدارة البنك تتضمن سياسة البنك بالنسبة لمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل

(١٤٦) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٤) ، ص ٧.

(١٤٧) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٤) ، ص ٧.

الإرهاب تتوافق مع التشريعات المحلية والقرارات الوزارية ذات الصلة وتعليمات بنك الكويت المركزي في هذا الشأن . كما يجب أن تتضمن تلك السياسة تعريفاً واضحاً للعمليات المشار إليها وأنماطها المختلفة وطرق اكتشافها وتعبئها ، فضلاً عن الحد الأدنى من الإجراءات التي يتعين على الموظفين المعنيين القيام بها لدى اكتشاف أية حالة تثير الشبهة بأنها من تلك العمليات^(١٤٨) .

ب - أن يتضمن تقرير مراقب الحسابات الخارجي عن نظم الرقابة الداخلية بالبنك رأياً واضحاً عن مدى التزام البنك بالقوانين المحلية . والقرارات الوزارية ، وتعليمات بنك الكويت المركزي ذات الصلة بمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب ، بالإضافة إلى مدى الالتزام بسياسات وضوابط البنك في هذا الخصوص^(١٤٩) .

ج - إنشاء وحدة / إدارة مستقلة ومتفرغة تتبع مباشرة رئيس مجلس الإدارة في البنك (الوحدة) ، ويُعين فيها كوادراً على درجة عالية من الكفاءة والخبرة في المجالات ذات الصلة بمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب . وتكون المهمة الأساسية لتلك الوحدة التحقق من مدى التزام البنك بالقوانين والقرارات الوزارية والتعليمات الرقابية ، وكذلك السياسات والضوابط والإجراءات الموضوعة من قبل البنك الخاصة بمكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب^(١٥٠) .

(١٤٨) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (١) ، ص ٧ .

(١٤٩) السابق ، بند (١٤) ، فقرة (٢) ، ص ٧ .

(١٥٠) السابق ، بند (١٥) ، ص ٧ .

سادساً - الإبلاغ عن المعاملات المشبوهة :

تنص المادة ٤/٣ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال على أنه يجب على البنوك وغيرها من الشركات والمؤسسات المالية "الإبلاغ عن أي معاملة مالية مشبوهة اتصل علمها بها".

ويتضح من هذا النص أن القانون قد ألقى مباشرة على البنوك وغيرها من شركات ومؤسسات مالية الالتزام بالإبلاغ عن المعاملات المشبوهة إلى الجهات المختصة بالتحقيق في جرائم غسيل الأموال وهي طبقاً للقانون المذكور النيابة العامة وذلك بناء على المادة الخامسة من القانون والتي تنص على أن "يحدد النائب العام الجهة المختصة بالنيابة العامة لتلقي البلاغات عن عمليات غسيل الأموال المنصوص عليها في هذا القانون" (١٥١).

وطبقاً للقوانين الأخرى محل الدراسة ، كالقانون المصري واللبناني والإماراتي ، يقتصر دور البنوك والشركات وغيرها من مؤسسات مالية على إرسال تقارير عن المعاملات المشبوهة إلى الوحدات التي تنشأ لدى البنوك المركزية وفقاً للقوانين المذكورة ؛ وتتولى هذه الوحدات إما مهمة التحقيق وإصدار القرارات بشأن التقارير المرسلة إليها أو القيام بإبلاغ النيابة العامة بذلك ، وعلى النحو الذي سوف نقوم ببيانه تفصيلاً في المبحث الثالث من هذا البحث (١٥٢).

(١٥١) وحتى تاريخ إعداد هذه الدراسة لم يصدر من النائب العام - حسب علمنا - أي قرار يحدد

تلك الجهة من النيابة المختصة بتلقي البلاغات عن جرائم غسيل الأموال .

(١٥٢) مثال: المادة (٨) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال ؛ المادة

(٦) من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تبييض الأموال ، المادتان (٧) و(٨) من القانون

الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات بشأن تجريم عمليات غسل الأموال .

المطلب الثاني

الجزاءات في القانون الكويتي

نص القانون الكويتي على جزاءات معينة يتم توقيعها على البنوك والشركات وغيرها من المؤسسات المالية في حالة تقصيرها في القيام أو أداء التزاماتها المنصوص عليها في القانون المذكور. كما وضع القانون جزاءات محددة على موظفي البنوك والشركات والمؤسسات المالية عند عدم الإبلاغ عن أية معاملة مالية مشبوهة.

أولاً - الجزاء العام :

نص المادة ١١ من القانون الكويتي في فقرتها الثانية على أنه "ومع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في الفقرة السابقة يعاقب كل من يثبت تقصيره في القيام بأي من الالتزامات المنصوص عليها في المادة ٣ من هذا القانون بالغرامة التي لا تتجاوز مليون دينار".

وتطبيقاً لذلك النص ، فإن البنوك والشركات وغيرها من المؤسسات المالية تتعرض لعقوبة الغرامة إذا ثبت تقصيرها في القيام بأي من الالتزامات المنصوص عليها في المادة ١١ من القانون - فيما عدا الإخلال بالالتزام بالإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة والذي جعل له المشرع جزاءً خاصاً - وذلك كالتقصير في مخالفة الحظر على فتح حسابات مجهولة الهوية أو حسابات بأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات، أو التقصير في التحقق من هوية العملاء وفقاً للوثائق الرسمية الصادرة من الدولة لاسيما عدم اتباع البنوك قواعد وإجراءات التحقق من هوية عملائهم الواردة بتعليمات بنك الكويت

المركزي بشأن عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، أو عدم الاحتفاظ بجميع المستندات والوثائق الخاصة بالمعاملات التي تم إجراؤها وذلك لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إجراء المعاملة ، أو التقصير في تبني سياسة تدريب للمسؤولين والعاملين فيها لإحاطتهم بالمستجدات في مجال مكافحة عمليات غسيل الأموال ، أو التقصير في تبني إجراءات العمل ونظم الرقابة الداخلية الملائمة لاكتشاف تلك العمليات فور وقوعها والحيولة دون استغلالها لتمويل العمليات المشبوهة ، أو عدم الالتزام التام بالتعليمات والقرارات الوزارية التي تصدر إليها من الجهات الحكومية المشرفة عليها بخصوص البنود السابق ذكرها - ومثالها تعليمات بنك الكويت المركزي بالنسبة للبنوك - وكذلك بأي تعليمات وقرارات وزارية أخرى ذات صلة بمكافحة عمليات غسيل الأموال^(١٥٣).

وجدير بالملاحظة أن جزاء الإخلال بأي من الالتزامات المذكورة هو العقوبة المالية التي لا تتجاوز مليون دينار كويتي . وغني عن البيان أن هذه عقوبة جزائية لا بد من صدور حكم قضائي بها . ومن ثم ، لا توقع هذه الغرامة مباشرة من الجهة الرقابية المعنية . وعليه ، فإذا قصر أحد البنوك المحلية في الالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون أو بعضها ، فلا يمكن لبنك الكويت المركزي إيقاع الجزاء المذكور على ذلك البنك ، وإنما لا بد من صدور حكم

(١٥٣) راجع البنود (١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) ، (١٤) من تعليمات بنك الكويت المركزي المشار إليها .

قضائي بذلك من القضاء^(١٥٤).

ونرى أن نص المادة ٢/١١ من القانون الكويتي يمكن أن يرد عليه ملاحظتان: الملاحظة الأولى ، أن الجزاء المذكور ، أي الغرامة ، يمكن إنزاله على الجهة المخالفة لمجرد التقصير في أداء أو تنفيذ أحد الالتزامات المنصوص عليها بالمادة . فلا يشترط لإيقاع الجزاء أن يكون الامتناع عن تنفيذ الالتزامات أو الإخلال بها عمدياً ، ولكن يكفي في ذلك حصول الامتناع أو وقوع الإخلال بالإهمال . وأما الملحوظة الثانية ، فهي إمكانية الحكم بالغرامة على البنك أو الشركة أو أية مؤسسة مالية بناء على تقصيرها في أداء أو تنفيذ أحد الالتزامات بالمادة ٣ من القانون حتى ولو لم يترتب على هذا التقصير إفلات فعل من الأفعال أو معاملة من المعاملات التي يشوبها شبهة غسيل الأموال . ومثال ذلك أن إخفاق بنك ما في تنفيذ الالتزام الخاص بالتحقق من هوية العملاء ، من شأنه جعل ذلك البنك معرضاً لعقوبة الغرامة المذكورة حتى ولو ثبت فيما بعد عدم وجود أية شبهات حول هؤلاء العملاء وحتى ولو تأكدت سلامة جميع معاملاتهم مع البنك . وبعبارة وجيزة ، يترتب الحق في إيقاع الجزاء المنصوص عليه في المادة ١١ من القانون لمجرد حصول تقصير في أداء أحد الالتزامات المذكورة بالمادة ٣ من القانون .

ثانياً - الجزاء الخاص :

تنص المادة ١/١١ من القانون الكويتي على أنه "مع عدم الإخلال بأية

(١٥٤) راجع في تعريف الغرامة كعقوبة جنائية ، وضرورة صدور حكم قضائي يقررها: الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات - القسم العام (الطبعة السادسة - دار النهضة العربية ١٩٨٩) ص ص ٢٥٨-٢٦٦ ، وبصفة خاصة ص ٢٥٩.

عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، مع العزل من الوظيفة ، كل من يتعين عليه الإبلاغ وفقاً لأحكام البند ٤ من المادة ٣ من هذا القانون ولم يبلغ عن معاملة مالية مشبوهة اتصل علمه بها أو قام بإفشاء معلومات وصلت إليه بحكم وظيفته تتعلق بجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من هذا القانون أو قام بإتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بتلك الجرائم".

وطبقاً للنص المذكور ، فإن هناك ثلاثة أفعال تخضع للعقاب أو الجزاء الوارد به وهي :

(أ) - عدم الإبلاغ عن المعاملة المالية المشبوهة :

فيخضع للعقاب كل من اتصل علمه بمعاملة مالية مشبوهة ولم يقم بالإبلاغ عنها^(١٥٥) . ويشترط لذلك أن تكون المعاملة التي لم يتم الإبلاغ عنها مشبوهة ، ولكن يكفي لتوفر الفعل المعاقب عليه مجرد وجود الاشتباه في المعاملة ، حتى ولو تبين سلامة العملية فيما بعد . فالفعل المعاقب عليه هو عدم الإبلاغ عن المعاملة المشبوهة في حد ذاته . كما يشترط لتجريم الفعل أن يكون الشخص يعلم بالمعاملة ، ونرى أنه يتعين بجانب ذلك أن يكون قد علم بوجود الشبهات حول تلك المعاملة ، أو بإمكانه أن يعلم بهذه الشبهات من خلال الظروف الموضوعية التي تحيط بالمعاملة كتلك الخاصة بظروف إبرامها وحجم المعاملة وأغراضها وشخص العميل وطبيعة نشاطه ... الخ .

(١٥٥) ويلاحظ أن هناك التزاماً قانونياً على الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون بالإبلاغ عن المعاملات المشبوهة . المادة ٤/٣ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(ب) - إفشاء معلومات تتعلق بإحدى جرائم غسيل الأموال

ويشترط لتجريم هذه الصورة من صور السلوك عدة شروط :

١- أن يكون هناك إفشاء لمعلومات . بمعنى أن يقوم الشخص بتقديم معلومات إلى غير الجهات المختصة بأية طريقة من الطرق ، ويستوي أن يكون الإفشاء إلى شخص العميل ذاته المشتبه في قيامه بعملية من عمليات غسيل الأموال ، أو إلى شخص غيره . ويستوي أن تكون المعلومات المفشى بها في أية صورة كبيانات ، أو مستندات أو أوراق . . . الخ ، وأن يحصل الإفشاء بأي شكل من الأشكال .

٢- أن تتعلق المعلومات بجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من القانون . والجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من القانون هي جرائم غسيل الأموال . وعليه ، فإن الإفشاء يكون معاقباً عليه فقط إذا كان متعلقاً بمعلومات خاصة بإحدى جرائم غسيل الأموال المذكورة بالقانون .

٣- أن تكون المعلومات قد وصلت إلى الشخص بحكم وظيفته . فالإفشاء المعاقب عليه قانوناً هو الذي يحصل عن معلومات وصلت إلى الشخص المفشى بحكم وظيفته . وهنا تكمن العلة من العقاب ، حتى لا يستغل الشخص وظيفته بإفشاء معلومات تتعلق بجريمة من جرائم غسيل الأموال ، وبما قد يترتب على هذا الإفشاء من احتمالات سيئة كهروب المجرم أو قيامه بالتصوير على السلطات المختصة بالمكافحة للإفلات بالجرم ، الأمر الذي يقوّض أهداف القانون ويؤدي إلى الإخلال بالثقة في مكافحة جرائم غسيل الأموال .

أما إذا أفشى الشخص بمعلومات عن إحدى جرائم غسيل الأموال

وصلت إليه عن غير طريق الوظيفة فلا ينطبق السلوك المؤثم .

وجدير بالذكر أن إفشاء معلومات وصلت إلى الشخص بحكم وظيفته عن إحدى الجرائم الخاصة بغسيل الأموال مؤثم في حد ذاته وبغض النظر عن النتائج التي قد تترتب أو لا تترتب على الإفشاء . فعلى سبيل المثال ، يظل الإفشاء مؤثماً كجريمة سواء استفاد منه العميل المشتبه فيه ، كأن يهرب بفعلته بأي شكل ، أم لم يستفد منه ذلك العميل ، كأن يكون الإفشاء في وقت لم يكن فيه بوسع المجرم اتخاذ أي تدابير للهروب بفعلته لإحكام السلطات المختصة حلقات القبض عليه .

(ج) - إتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بإحدى جرائم غسيل

الأموال :

يشترط لوجود هذا السلوك المؤثم أن يحصل إتلاف أو إخفاء لمستندات أو أدوات ، وذلك كالقيام بإتلاف المستندات أو الوثائق الدالة على هوية العميل المشتبه في اقترافه إحدى جرائم غسيل الأموال ، أو غيرها من مستندات تتعلق بالمعاملة المشتبه في سلامتها كمستندات التحويلات المصرفية للمعاملة ، أو العقود الخاصة بها ، أو الشيكات أو الإشعارات المدينة أو الدائنة وغيرها . أو كإخفاء أو إتلاف الأوراق التي تبين المستفيدين الحقيقيين من المعاملة للتستر عليهم . كما ينطبق السلوك المؤثم في الحالة التي يتم فيها إخفاء أو إتلاف الأدوات المستخدمة في غسيل الأموال ، كإخفاء أو إتلاف أجهزة الكمبيوتر أو إتلاف النظام العامل بها والمخزن عليه المعاملات أو إخفاء أو إتلاف برامج الكمبيوتر أو الأقراص الممغنطة التي تحتفظ بسجل عن المعاملات بما فيها المعاملات المشبوهة . وعادة ما يقع فعل الإخفاء أو

الإتلاف من جانب أحد موظفي البنك أو الشركة أو المؤسسة المالية وذلك بحكم وجود المستندات والأوراق أو الأدوات تحت يده ، على أن ذلك لا يمنع من وقوع الفعل من أشخاص آخرين يتمكنون من الاستيلاء على تلك المستندات أو الأوراق بطرق أخرى .

وعلة تجريم هذا السلوك واضحة ، إذ أن إتلاف أو إخفاء المستندات أو الأدوات من شأنه طمس معالم الجريمة وأدلة الإثبات فيها ، وبما يؤدي إلى إفلات المجرمين بجرمهم من العقاب . لذا رأى المشرع تجريم هذا السلوك ردعاً لذوي النفوس الضعيفة من بعض موظفي البنوك والمؤسسات المالية وغيرهم من القيام بمساعدة غاسلي الأموال .

كما يشترط لتجريم سلوك الإخفاء أو الإتلاف أن تتعلق المستندات أو الأدوات التي يتم إخفاؤها أو إتلافها بإحدى جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها في المادة ٢ من القانون .

وإتلاف المستندات والأدوات المتعلقة بإحدى جرائم غسيل الأموال هو سلوك مؤثم في ذاته وبغض النظر عن تحقق أية فائدة منه لغاسلي الأموال . فمثلاً ، لو قام موظف بأحد البنوك بإتلاف مستندات هامة كان من شأنها إثبات إحدى جرائم غسيل الأموال ، فإن سلوك هذا الموظف يبقى مؤثماً سواء تم الإمساك بتلابيب غاسلي الأموال بناء على أدلة أخرى ، أو سواء تم إفلاتهم بجرمهم من العقاب بناء على إتلاف مستندات الجريمة من جانب ذلك الموظف .

وتقرر المادة ١/١١ من القانون الكويتي عقوبات رادعة لكل أنماط

السلوك المذكورة بها ، إذ مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر ، يعقاب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ، مع العزل من الوظيفة ، كل شخص كان يتعين عليه الإبلاغ ولم يقم بالإبلاغ عن معاملة مالية مشبوهة اتصل علمه بها أو قام بإفشاء معلومات وصلت إلى علمه بحكم وظيفته تتعلق بجريمة من جرائم غسيل الأموال أو قام بإتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بتلك الجرائم^(١٥٦).

ثالثاً - أحكام خاصة بشركات الأشخاص :

تناول المادة ١٢ من القانون الكويتي أحكام المسؤولية الجزائية لشركات الأشخاص ، إذ تنص على أنه "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي المنصوص عليها في هذا القانون ، تسأل شركات الأشخاص جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية^(١٥٧) ."

ويتضح من ذلك أن القانون الكويتي قد قرر المسؤولية الجزائية لشركات الأشخاص التي تتوفر لها الشخصية المعنوية وهي شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة . أما شركة المحاصة ، ورغم أنها من شركات الأشخاص ، فهي لا يمكن أن تكون مسؤولة جزائياً باعتبارها شركة بلا كيان قانوني أو شخصية اعتبارية ، وإنما يسأل عن جرائم غسيل الأموال بالنسبة لهذا الشكل من الشركات الشريك المحاص الذي يتولى أعمال الشركة وذلك بإعتباره شخصاً طبيعياً إذا توفرت أركان إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ من

(١٥٦) المادة ١١/١ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

(١٥٧) المادة ١٢/١ من القانون المشار إليه سابقاً.

القانون . كما يلاحظ أيضاً على هذا النص أن مسؤولية الشخص الاعتباري لإحدى شركات الأشخاص ، سواء شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة ، لا تخل بمسؤولية الشخص الطبيعي الشريك في إحدى الشركات المذكورة ؛ وبعبارة أخرى ، يمكن أن تتعاصر المسؤولية الجزائية لكل من الشريك والشركة وطبقاً للأحكام والعقوبات المذكورة بالقانون .

وتقرر المادة ٢/١٢ من القانون عقوبة الغرامة التي لا تتجاوز مليون دينار على الشركة إذا ما وقعت الجريمة لحسابها أو باسمها بواسطة أحد أجهزتها أو مديريها أو ممثليها أو أحد العاملين بها . وبالإضافة إلى عقوبة الغرامة ، تحكم المحكمة بإلغاء الترخيص في مزاولة النشاط إذا كانت الشركة قد أنشئت بغرض القيام بإحدى جرائم غسيل الأموال المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون . وفي كل الأحوال ، يتعين على المحكمة أن تقضي بمصادرة الأموال والممتلكات والعائدات والوسائط المستخدمة في ارتكاب إحدى الجرائم المذكورة ، وذلك دون إدخال بحقوق الغير حسن النية ، كالغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً أو شخصياً على تلك الأموال أو على بعضها . كما تحكم المحكمة بنشر الحكم في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين وذلك ضماناً للشفافية والعلانية^(١٥٨) .

كما تنص المادة ٣/١٢ من القانون على أن تباشر النيابة العامة الدعوى الجزائية ضد الشركة في مواجهة ممثلها القانوني وقت اتخاذ الإجراءات^(١٥٩) . ويجوز للشركة أن يمثلها أي شخص لديه تفويض بهذا الأمر وفقاً للقانون ، أو

(١٥٨) المادة ٢/١٢ من القانون المشار إليه سابقاً .

(١٥٩) المادة ٣/١٢ من القانون المشار إليه سابقاً .

طبقاً للنظام الأساسي للشركة كأن يكون الشريك المتضامن مدير الشركة أو أي شخص آخر تم تعيينه مديراً للشركة طبقاً للنظام الأساسي لها. ويلاحظ أن الشخص الذي تتخذ الإجراءات في مواجهته هو ممثل الشركة وقت اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد الشركة. وهذا الأمر يمكن أن يثير التساؤل فيما لو كانت الأفعال المكونة للسلوك الإجرامي قد حصلت في وقت سابق على الوقت الذي تولى فيه ممثل الشركة المسؤوليات وقت اتخاذ الإجراءات. النص صريح في أن الإجراءات ضد الشركة تتخذ ضد الممثل القائم عن الشركة وقت اتخاذ الإجراءات^(١٦٠)، وبمعنى آخر، فالإجراءات لن تتخذ في الحالة المذكورة في مواجهة المدير السلف؛ ولكن ذلك لا يخل بالمسئولية الجزائية للمذكور أخيراً كشخص طبيعي عن أية جرائم لغسيل الأموال يكون قد تورط فيها شخصياً.

(١٦٠) المادة ٤/١٢ من القانون المشار إليه سابقاً.

المطلب الثالث

الالتزامات والجزاءات في القوانين الأخرى

أولاً - القانون المصري :

١ - التزامات المؤسسات المالية :

تنص المادة ٨ من القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال بالتزام المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التي يشتهب في أنها تتضمن غسل أموال والمشار إليها في المادة ٤ من القانون المذكور ، كذلك فإنه يتعين على المؤسسات المالية وضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعيين ، والأشخاص الاعتباريين ، وذلك من خلال وسائل إثبات رسمية أو عرفية مقبولة وتسجيل بيانات هذا التعرف^(١٦١) . كما لا يجوز للمؤسسات المالية (البنوك) فتح حسابات أو ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية^(١٦٢) .

كما تنص المادة ٩ من القانون المصري على التزام المؤسسات المالية بإمسك سجلات ومستندات لقيدها ما تجريه من العمليات المالية المحلية أو الدولية ، ويجب أن تتضمن تلك السجلات والمستندات البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات^٠ وبالإضافة إلى ذلك ، تلتزم المؤسسات المالية بالاحتفاظ بالسجلات والمستندات المذكورة وبسجلات بيانات العملاء

(١٦١) المادة ١/٨ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ .

(١٦٢) المادة ٢/٨ من القانون السابق .

والمستفيدين المشار إليهم في المادة ٨ من هذا القانون لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع المؤسسة أو من تاريخ قفل الحساب، بحسب الأحوال . كما يجب على تلك المؤسسات تحديث البيانات المشار إليها بصفة دورية وأن تضع هذه السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات الأخرى المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في أي من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام^(١٦٣) . ويجوز القانون لتلك المؤسسات الاحتفاظ للمدة المذكورة (أي لمدة الخمس سنوات) بالصور المصغرة (الميكروفيلمية) بدلاً من الأصل ، ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات إذا روعي في إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد التي يصدر بها قرار من وحدة مكافحة غسيل الأموال^(١٦٤) .

وتحظر المادة ١١ من القانون المصري الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام قانون مكافحة غسيل الأموال عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسيل الأموال ، أو عن البيانات المتعلقة بها^(١٦٥) ، وذلك حتى يتوفر عنصر المفاجأة في محاصرة الجريمة ، ولمنهم من القيام بأية احتياطات لطمس معالم وآثار الجريمة أو إعدام الأدلة عليها وبما قد يعيق مهمة السلطات المختصة .

(١٦٣) المادة ١/٩ من القانون السابق .

(١٦٤) المادة ٢/٩ من القانون السابق .

(١٦٥) المادة ١١ من القانون السابق .

٢- الجزاءات :

وتضع المادة ١٥ من القانون المصري الجزاءات على مخالفة أي من الالتزامات المذكورة (أي الالتزامات المنصوص عليها في المادة ٨، والمادة ٩، والمادة ١١)، إذ طبقاً للمادة ١٥ يعاقب بالحس وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحد الالتزامات المذكورة. وذلك في الأحوال التي ترتكب المخالفة من شخص طبيعي^(١٦٦). أما في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري، فإنه طبقاً للمادة ١٦ من القانون المصري، يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته^(١٦٧). كما يكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد حصلت من أحد العاملين باسم الشخص الاعتباري ولصالحه^(١٦٨).

ثانياً - القانون اللبناني :

١- التزامات المؤسسات المالية :

طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٣١٨ بشأن مكافحة تبييض الأموال يتعين على المؤسسات المالية الخاضعة لقانون سرية المصارف الصادر في

(١٦٦) المادة ١٥ من القانون السابق.

(١٦٧) المادة ١/١٦ من القانون السابق.

(١٦٨) المادة ٢/١٦ من القانون السابق.

١٩٥٦/٩/٣ القيام بما يلي :

- التحقق من الهوية الحقيقية للزبائن الدائمين للمؤسسات المصرفية والمالية وتحديد هوية صاحب الحق الاقتصادي عند إتمام التعامل بواسطة وكلاء أو تحت ستار أسماء مستعارة عائدة لأشخاص أو لمؤسسات أو لشركات أو عن طريق حسابات مرقمة ، كما تطبق نفس الإجراءات بالنسبة للعملاء العابرين فيما يتعلق بالتحقق من الهوية إذا كانت العملية أو سلسلة العمليات المطلوبة تفوق مبلغاً معيناً^(١٦٩).

- الإحتفاظ بصور المستندات الخاصة بجميع العمليات وبصور الوثائق الرسمية المتعلقة بهوية المتعاملين لمدة خمس سنوات على الأقل بعد إنجاز العملية أو إقفال الحسابات^(١٧٠).

- تحديد المؤشرات أي الضوابط أو المعايير التي تدل على احتمال وجود عمليات تبييض أموال ، وكذلك وضع مبادئ الحيطة والحذر لكشف العمليات المشبوهة^(١٧١).

- الالتزام بعدم إعطاء إفادات مغايرة للحقيقة بغية تضليل السلطات الإدارية أو القضائية^(١٧٢).

- التزام مفوضي مراقبة المصارف والمؤسسات المالية بالتحقق من تقييد

(١٦٩) المادة ٥ (أ) ، (ب) من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تبييض الأموال .

(١٧٠) المادة ٥ (ج) من القانون السابق .

(١٧١) المادة ٥ (د) من القانون السابق .

(١٧٢) المادة ٥ (هـ) من القانون السابق .

تلك المؤسسات والمصارف بأحكام النظام موضوع المادة الخامسة من قانون مكافحة تبييض الأموال وإبلاغ حاكم مصرف لبنان عن أية مخالفة بهذا الشأن^(١٧٣).

- القيام فوراً بإبلاغ هيئة التحقيق الخاصة التي تنشأ لدى مصرف لبنان عن تفاصيل العمليات المشتبه بأنها تخفي تبييض أموال^(١٧٤).

- الالتزام بالسرية وعدم الإفشاء عما يخص الإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة طبقاً للقانون^٥ وينطبق هذا الالتزام على الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين ، كما يسري بالنسبة لكافة المستندات المقدمة بهذا الشأن وعلى كافة إجراءات التحقيق في جميع مراحله^٦ ولا يستثنى من ذلك إقرار هيئة التحقيق الخاصة بالموافقة على رفع السرية المصرفية^(١٧٥).

٢- الجزاءات :

تنص المادة الثالثة عشرة من القانون اللبناني بعقاب كل من يخالف الالتزامات السابق بيانها ، وهي الالتزامات الواردة في المواد الرابعة والخامسة والسابعة والحادية عشرة ، بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة حدها الأقصى عشرة ملايين ليرة لبنانية أو بإحدى هاتين العقوبتين^(١٧٦).

(١٧٣) المادة ٥ (و) من القانون السابق.

(١٧٤) المادة (٧) من القانون السابق.

(١٧٥) المادة (١١) من القانون السابق.

(١٧٦) المادة (١٣) من القانون السابق.

ثالثاً - القانون الإماراتي:

١ - التزامات المؤسسات المالية:

تنص المادة ١٢ من القانون الإماراتي على أنه ينبغي على جميع الجهات أن تعامل المعلومات التي تحصل عليها والمتعلقة بجرائم غصب الأموال بالسرية ولا تكشف سريتها إلا بالقدر الذي يكون ضرورياً لاستخدامها في التحقيق أو الدعاوى أو القضايا المتعلقة بمخالفة أحكام القانون المذكور^(١٧٧).

٢ - الجزاءات:

تنص المادة ١٦ من القانون الإماراتي بعقاب كل من يقوم بإخطار أي شخص بأن معاملاته قيد المراجعة بشأن عمليات مشبوهة أو بإخطاره بأن السلطات الأمنية وغيرها من الجهات المختصة تقوم بالتحري عن قيامه بعمليات مشبوهة وذلك بالحبس مدة لا تجاوز سنة أو بالغرامة التي لا تجاوز خمسين ألف درهم ولا تقل عن خمسة آلاف درهم^(١٧٨).

(١٧٧) المادة (١٢) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات العربية.

(١٧٨) المادة (١٦) من القانون السابق.

المبحث الثالث أنماط المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال والتحري والإبلاغ عنها

تمهيد وتقسيم :

تتم عملية غسيل الأموال بأساليب وأشكال عديدة تتدرج من البساطة إلى التعقيد ، بحسب ظروف وطبيعة العملية . كما أن اختيار أسلوب دون آخر يتوقف إلى حد بعيد على فطنة وخبرة غاسلي الأموال . وقد أصبح للتكنولوجيا دور خطير في تطوير تلك الأساليب ، وبما من شأنه تيسير الأمور لغاسلي الأموال للقيام بمعاملاتهم المشبوهة ، وبما يزيد - في نفس الوقت - من مشقة السلطات المختصة في تعقب تلك المعاملات وعرقلة جهودها في هذا الخصوص^(١٧٩).

وهناك أنماط عديدة من المعاملات المشبوهة التي تتم من خلال استعمال النقد ، أو من خلال الحسابات المصرفية ، أو عن طريق معاملات مالية تتصل بأنشطة استثمارية ، أو بالقيام بنشاطات دولية خارج نطاق الدولة أو

(١٧٩) راجع بصفة خاصة :

Barry A. K. Rider, "Cyber-Organized Crime- The Impact of Information Technology on Organised Crime", Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 332-345 (June 2001).

أيضاً :

S.J. Hughes, "Policing Money Laundering Through Fund Transfer: A Critique of Regulation under the Bank Secrecy Act", Volume 67 Indiana Law Journal, pp. 283-291.

Bruce Zagaris and S.B. McDonald, "Money Laundering, Financial Fraud and Technology" The perils of an instantaneous Economy" Volume 26 George Washington Journal of International and Economic Law, pp. 61-63 (1992).

Jon Mills, "Internet Casinos: A Sure Bet for Money Laundering" Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 365-383 (June 2001).

بأشتراك أو تورط موظفين ووكلاء لمؤسسات مالية ، أو من خلال معاملات التحويل المضمونة وغير المضمونة أو باللجوء إلى وسائل الدفع الالكترونية .
وقد حرصت القوانين وتعليمات البنوك المركزية في عديد من الدول على وضع الضوابط التي ينبغي مراعاتها للتحري عن مدى سلامة المعاملات والإجراءات التي يجب التقيد بها للإبلاغ عن المعاملات المشبوهة .
وفيما يلي نتناول الأنماط المختلفة من المعاملات المشبوهة وكيفية التحري والإبلاغ عنها ، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول : أنماط من المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال

المطلب الثاني : التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة

المطلب الأول

أنماط من المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال

أولاً - غسيل الأموال باستخدام معاملات نقدية:

قد تقوم شبهة غسيل الأموال في حالة قيام العميل بتبديل كميات ضخمة من أوراق نقدية ذات فئات صغيرة بأوراق نقدية ذات فئات كبيرة. ولقد حكم في فرنسا بإدانة أحد البنوك باعتباره مساهماً في جريمة أصلية قام بها أحد العملاء، وكانت عبارة عن جريمة تهريب أوراق نقدية، إذ قام مدير البنك - رغم علمه بالماضي الإجرامي للعميل - بمساعدة ذلك العميل في استبدال الأوراق النقدية الصغيرة بأوراق كبيرة فئة الخمسمائة فرنك لتسهيل عملية التهريب إلى دولة أخرى^(١٨٠).

كما قد يلجأ غاسلو الأموال إلى ما يعرف بأسلوب تجزئة الإيداعات أو ما يطلق عليه في بعض الأحوال إعادة هيكلة الإيداعات Restructring of Deposits، وذلك لتفادي ظهور معاملاتهم في التقارير الدورية التي تقدمها البنوك إلى البنك المركزي. ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً يقضي القانون الأمريكي بوجوب التقرير عن المعاملات التي تساوي أو تزيد عن عشرة آلاف دولار. وطبقاً لتعليمات بنك الكويت المركزي يجب أن يشمل البيان الدوري كافة المعاملات النقدية التي تساوي أو تزيد عما يعادل ثلاثة آلاف

(١٨٠) راجع :

Tribunal de Grande Instance de LAURE, 4 November (1971) p. 276 note c. CAVALDA.

كما هو مذكور ومشار إليه في مؤلف الدكتور سليمان عبد المنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٢.

دينار كويتي سواء تمت بالدينار الكويتي أو بعملة أخرى^(١٨١).

وهكذا، يتبع غاسلو الأموال أسلوب تجزئة الإيداعات للتعقيم على الأموال غير النظيفة والهروب من أحكام التقرير بإيداع النقود التي تزيد على مبالغ معينة في الدول التي تتطلب قوانينها ذلك، كما في الولايات المتحدة الأمريكية؛ أو لالتفاف حول ما تتطلبه البنوك المركزية من التقرير عن المعاملات التي تزيد عن حدود معينة، كما في دولة الكويت^(١٨٢). ولقد ظهرت مشكلة تقسيم الإيداعات أو المعاملات بوضوح في عام ١٩٩٢ بولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك بمناسبة قضية "الجددة"

(١٨١) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/ب/٢٠٠٢)، المشار إليها، بند رقم (٢٠)، ص ٩.
(١٨٢) السابق؛ كما تطلب القانون الأمريكي الخاص بسرية البنوك لعام ١٩٧٠ ضرورة قيام البنوك بالتقرير عن العمليات النقدية إلى مصلحة الضرائب، وبحيث يتوجب على العميل أو من ينوب عنه أن يملأ لدى البنك نموذجاً خاصاً عندما يقوم في يوم واحد بعملية أو أكثر قيمتها عشرة آلاف دولار أمريكي أو أكثر. كما أوجب القانون على كل شخص ينقل أوراقاً نقدية أو غيرها من الأوراق التجارية التي تبلغ قيمتها عشرة آلاف دولار أو أكثر من أو إلى الولايات المتحدة الأمريكية أن يقوم بالإعلان عن ذلك في نموذج معين يقدم إلى السلطات المختصة. ولكن يلاحظ أن هذا الالتزام يسري على النقل المادي للنقود ولا يسري على التحويل الإلكتروني لها. ولم يكن لقانون سرية البنوك الأمريكي الأثر المنشود لقمع عمليات غسل الأموال، وظهر ذلك، بصفة خاصة، في الفترة ما بين عام ١٩٧٠ إلى ١٩٨٠؛ إذ لم تلتزم البنوك - في تلك الفترة - بتقديم التقارير التي أوجبها القانون، كما كان من العسير على الجهات الرقابية حصر ورصد هذه المخالفات، فاستمرى غاسلو الأموال استخدام البنوك كقنوات لتطهير عملياتهم المشبوهة. راجع بصفة خاصة:

Berta Esperanza Hernandez, "Money Laundering and Drug Trafficking...."

المقالة المشار إليها، ص ٢٦١ وما بعدها.

أيضاً:

Scott Sultz, "Money Laundering: The Scope of the Problem...."

المقالة المشار إليها ص ١٥٥ وما بعدها.

Grandmother، حيث كانت سيدة عجوز تقود مجموعة من السيدات في منتصف العمر للقيام بعمليات إيداع صغيرة تقل كل واحدة منها عن عشرة آلاف دولار في كل مرة ، لدرجة أنه قد بلغ مجموع تلك الإيداعات حوالي خمسة وعشرين مليون دولار أمريكي كان مصدرها تجارة المخدرات من ولاية فلوريدا^(١٨٣).

وتحت البنوك الأمريكية العاملين والموظفين فيها باتخاذ أقصى درجات الحيلة والحذر وعدم إعطاء العملاء أي نصائح تتعلق بإمكانية تقسيم الإيداعات النقدية حتى لا يُفسر أو يؤخذ ذلك على أنه مساعدة من البنوك لهم للتهرب من أحكام التقرير الذي فرضه القانون ، لاسيما وأن غاسلي الأموال ، قد عمدوا إلى إحداث ثغرة في نظام كتابة التقرير عن المبالغ النقدية التي تزيد على عشرة آلاف دولار وذلك بالقيام بعمل العديد من الإيداعات الصغيرة التي تقل عن المبلغ المذكور^(١٨٤).

(١٨٣) راجع :

Scott Sultzter, "Money Laundering"

المقالة السابقة ، ص ١٥٦ .

(١٨٤) راجع :

Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations.....

المقالة المشار إليها ، ص ٤٥٨ .

وفي قضية *Ratzalf v. U.S.*، حكم بقبال المتهم لإدانته بالقيام بتعمد وبصفة مستمرة بعمليات نقدية بمائة ألف دولار بإيداعات تقل في كل مرة عن عشرة آلاف دولار بهدف التهرب من أحكام الإيداع عن هذه العمليات وفقاً لما يقضي به القانون ولاستخدامها لدفع قيمة دين قمار في أحد النوادي ، أنظر:

Ratzalf v. U.S., 114 S. Ct. 655 (1994).

كما هو مذكور ومشار إليه في :

Scott Sultzter, *Money Laundering: The Scope of the Problem....*

=

كما أن تعليمات بنك الكويت المركزي صريحة في وجوب اتخاذ إجراءات البحث والتحري اللازمة عن كافة المعاملات التي يشتبه البنك بأنها من عمليات غسل الأموال أو تمويل الإرهاب ، وبغض النظر عن حجم المبالغ المتصلة بالمعاملة^(١٨٥) . وعليه ، فإن قيام العميل بتجزئة إيداعاته في أحد البنوك الكويتية إلى ما يقل عن ثلاثة آلاف دينار أو ما يعادلهم لا يعني أن يغض البنك الطرف عن تلك العمليات فيما لو وجدت شبهات تحوم حولها لغسل الأموال . وإنما يجب على البنك أخذ الحيطة والحذر حتى في المعاملات التي تقل عن الحدود المذكورة في التعليمات .

كما قد تثور الشبهات حول المعاملات التي تتضمن إيداعات نقدية تنطوي على أوراق نقد أو مستندات مزيفة ، أو إيداعات نقدية مستمرة لتغطية طلبات تخفي شيكات مصرفية أو تحويلات مالية ، أو أدوات مالية قابلة للتداول وجاهزة للتسويق ، أو تحويلات لمبالغ نقدية كبيرة من الأموال إلى أو من جهات خارج نطاق الدولة وذلك بتعليمات تقضي بالدفع النقدي لاسيما إذا

=المقالة المشار إليها ، ص ١٦٨ ، وهامش رقم (١٤٧) من نفس المقالة .

كما تنص المادة (١١) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أنه "يحظر الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسل أموال ، أو عن البيانات المتعلقة بها" . كذلك راجع المادة ١١ من قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(١٨٥) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/ب/٩٢/٢٠٠٢) بند رقم (١٢) ، ص ٦ .

وفي الفقه الغربي ، راجع :

Simon Gleeson, "The Involuntary Launderer: The Banker's Liability for Deposits of the Proceeds of Crime" Published in "Laundring and Tracing – Peter Birks – editor – Clarendon Press, Oxford 1995) pp. 115 – 133.

كانت تلك الجهات موجودة في دول تتميز بنوكها بالسرية المصرفية المطلقة أو معروف عنها تجارة المخدرات أو على القائمة السوداء التي تصدرها لجنة العمل المالية الدولية FATF (١٨٦).

كما يتعين تمحيص مدى سلامة المعاملات في حسابات الشركة التي تجرى أغلب عملياتها من إيداع أو سحب على أساس نقدي ، بدلاً من أشكال الإضافة والخصم التي تتعلق عادة بالعمليات التجارية كالشيكات ، حسابات الاعتماد ، الكمبيالات ، سندات السحب ؛ وكذلك معاملات فروع البنوك التي تكون نقدية على نحو غير اعتيادي في حين تكشف إحصاءات المراكز الرئيسية لها انحساراً في المعاملات النقدية (١٨٧)، وأيضاً وجود إيداعات نقدية بمبالغ كبيرة من خلال أجهزة الإيداع الالكترونية تفادياً للاتصال المباشر مع موظفي ومسؤولي البنك (١٨٨)، وودائع نقدية ضخمة على نحو غير اعتيادي من جانب أفراد أو شركات ذات أنشطة تتولد عادة عن طريق الشيكات والأدوات الأخرى (١٨٩).

وقد يقوم غاسلو الأموال بمعاملاتهم المشبوهة من خلال تحويلات متكررة لمبالغ نقدية من عملة إلى أخرى دون أن تكون طبيعة نشاط العميل

(١٨٦) راجع : دليل الإرشادات لأنماط من المعاملات المشبوهة ، الملحق بتعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/رب/٢٠٠٢) (دليل الإرشادات) . أيضاً:

Brian R. Allen, *The Banking Confidentiality Laws of Luxemburg*....

المقالة المشار إليها ، ص ٨٩ وما بعدها .

(١٨٧) دليل الإرشادات ، المشار إليه سابقاً ، ص ١ .

(١٨٨) دليل الإرشادات ، المشار إليه سابقاً ، ص ٢ .

(١٨٩) دليل الإرشادات ، المشار إليه سابقاً ، ص ١ .

تتطلب ذلك • كما يمكن استخلاص شبهة غسيل الأموال من حصول زيادات هائلة في الودائع النقدية لأفراد أو لشركات دون أن يكون لها أسباب واضحة ، خاصة إذا تم تحويل تلك الودائع بعد إيداعها بفترة قصيرة خارج الحساب وبالذات إلى جهة ليست متصلة بالعمل لاسيما مع تجنب العميل الاتصال المباشر مع موظفي ومسؤولي البنك أو ارتياد البنك على نحو اعتيادي^(١٩٠). ولعل وقائع القضية المعروفة بـ Pizza connection هي مثال جيد لهذا النمط من المعاملات المشبوهة • وقد تضمنت القضية المذكورة تعاملات لأعضاء من المافيا الإيطالية وشركاؤهم الأمريكيين من خلال مؤسسات مالية كبرى في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا • ففي عام ١٩٥٧ ، تم رصد مقابلات في مدينة نيويورك بين قادة عصابات المافيا بشأن تجارة المخدرات ، ولم تظهر الأدلة على ذلك إلا في بداية عام ١٩٨٠ حين أظهرت المراقبة قيام أفراد تلك العصابات بتحويل ونقل كميات ضخمة من النقد Cash عن طريق المؤسسات المالية في كل من سويسرا وإيطاليا ، وكان يتم إظهار هذا النقد في شكل مدخولات وعوائد محلات البيترزا وغيرها من تجارة الأغذية والمأكولات الإيطالية المنتشرة في أرجاء الولايات المتحدة • وكانت هذه النقود عادة ما تكون في هيئة أوراق مالية صغيرة وكان يتم إخراجها من الولايات المتحدة بثلاث طرق: إما بنقلها مباشرة بطائرة خاصة إلى برمودا ، أو بأوامر تحويل بمبالغ تقل في كل عملية عن مبلغ عشرة آلاف دولار لتجنب كتابة الإقرار البنكي الخاص بالمعاملة التي تساوي أو تزيد عن هذا المبلغ ، أو من خلال التحويل بين تجار التجزئة في نيويورك وزيورخ • وكان من أبرز أعضاء المافيا

(١٩٠) دليل الإرشادات ، المشار إليه سابقاً ، ص ١.

في تلك القضية شخص يدعى Franco Della Torre ، وقد قام في عام ١٩٨٢ بإيداع مبلغ قدره مليون دولار من فئة الأوراق النقدية الصغيرة في حساب له لدى ميرل لينش في نيويورك ، ثم قام في خلال الشهر التالي بإيداع مبلغ قدره أربعة ملايين دولار نقداً وتم مصاحبته بمعرفة أحد موظفي ميرل لينش إلى Banker's Trust حيث يوجد حسابات لميرل لينش ، ولكن ثارت الشكوك لميرل لينش من الرفض المتكرر من جانب Torre للدخول إلى القاعة المصرفية في البنك حتى يتم الإيداع ، حيث استنتجت ميرل لينش أن دافعه لذلك ربما يكون حرصه على عدم الظهور أمام الكاميرات الأمنية المثبتة في تلك القاعة . وبسبب هذه الشكوك ، قامت ميرل لينش بإغلاق كافة حسابات Torre ، رغم أن هذه الحسابات كان يتم تشغيلها من الناحية المصرفية بطريقة صحيحة ، وبعد إغلاق تلك الحسابات ، قام Torre بفتح حسابات لدى بنك E.F. Hutton . وفي الفترة بين أبريل ويونيو عام ١٩٨٢ قام Torre بإيداع أموالاً نقدية Cash مجموعها مبلغ قدره خمسة ملايين ومائتا ألف دولار في حسابه لدى E.F. Hutton ، ثم قام بعدئذ بفتح حساب آخر باسم شركة معينة ، وحساب آخر لشركة أخرى في ذات البنك . وقد أظهر الحساب الأخير بأنه قام بتحويل ثلاثة عشر مليون دولار من الولايات المتحدة لصالح شركة سويسرية للاستيراد والتصدير . وقد استطاع Torre بمفرده أن يغسل بهذه الطريقة ما يزيد على ثمانية عشر مليون دولار في عام واحد^(١٩١).

وتشير القضية السابقة كذلك إلى أن إحدى الوسائل التي يمكن بها

(١٩١) راجع في وقائع القضية المذكورة :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه ، ص ٣١-٣٤.

كشف غسيل الأموال وجود زيادات هائلة في الودائع النقدية لأفراد أو شركات دون أن يكون لها أسباب واضحة ، لاسيما إذا تم تحويل تلك الودائع بعد فترة قصيرة من الإيداع خارج الحساب والذات إلى جهة ليست متصلة بنشاط العميل .

ثانياً - غسيل الأموال باستخدام حسابات مصرفية:

وقد يتم غسيل الأموال من خلال قيام العميل بالاحتفاظ بعدد من الحسابات العادية أو حسابات الأمانات والتي لا تبدو متوافقة مع نوع وطبيعة نشاطه ، أو من خلال الاحتفاظ بحسابات عديدة وإيداع مبالغ نقدية بسيطة في كل منها - للتستر عليها - بينما يصل إجمالي الإيداعات فيها جمعياً إلى مبالغ ضخمة^(١٩٢).

كما قد يحصل غسيل الأموال باستخدام حسابات مصرفية لأفراد أو شركات لا تظهر حساباتهم عملياً أنشطة مصرفية معتادة أو أنشطة اقتصادية تحتاج إلى خدمات مصرفية ، ولكن تستخدم تلك الحسابات لإيداع أو صرف مبالغ ضخمة لا تتوافر لها أغراض محددة واضحة أو ليست لديها علاقة مع صاحب الحساب و/ أو أنشطته أو أعماله^(١٩٣) . وتطبيقاً لذلك ، وفي قضية عرفت باسم Computer Theft ، فقد قام أحد البنوك الانجليزية بإخطار السلطات بوجود شبهات حول أحد عملائه من الشركات المتخصصة في أعمال تجارة الأثاث والمعدات المكتبية ، حيث لاحظ مسئول الحساب بالبنك أن رئيس الشركة العميل ، ولمدة طويلة ، كان يقوم بسحب مبالغ نقدية ضخمة بواقع

(١٩٢) دليل الإرشادات ، المشار إليه سابقاً ، ص ٢.

(١٩٣) السابق ، ص ٢.

مرتين أسبوعياً ، وحيث أن مسئول الحساب بخبرته كان يدرك أن نوع وطبيعة وحجم نشاط العميل لا يحتاج إلى قيامه بسحب تلك المبالغ الضخمة ، فقد أبلغ البنك السلطات المختصة عن الشكوك في مدى سلامة معاملات الشركة العميل . وبعد التحري ومراقبة رئيس تلك الشركة ، تبين أن رئيسها كان يقوم برحلة من لندن إلى مانشستر بواقع مرتين في الأسبوع حيث كان يلتقي بأشخاص لهم سجلات إجرامية في مجال سرقة أجهزة الكمبيوتر ، وتبين أنه كان يشتري تلك الأجهزة منهم بأثمان زهيدة للقيام بإدماجها في مجال أعمال الشركة . وهذه القضية تشير إلى أنه من المهم التعرف على نشاط العميل ومتابعته ، فمثلاً أدرك مسئول الحساب في القضية المذكورة أن طبيعة نشاط تجارة الأثاث المكتبي لا تقتضي القيام بعمليات السحب النقدي الضخم بطريقة متواترة ، كما أن تكرار نمط السحب ولفترة طويلة جعل مسئول الحساب يشعر بأن ما يحدث ليس شيئاً عادياً أو عمليات عابرة (١٩٤) .

كما تثار الشكوك في مدى سلامة المعاملات إذا رفض العميل إعطاء البنك معلومات تعتبر عادية عند فتح الحساب ، وذلك بتقديم الحد الأدنى من المعلومات ، أو تقديم معلومات وهمية ، أو معلومات من الصعب على البنك التحقق منها عند فتح الحساب ، أو قد تكون إجراءات التقصي بالنسبة لها بالغة التكلفة (١٩٥) . وتنهض الشبهات أيضاً في غسل الأموال بالنسبة للعملاء الذين يحتفظون - دون أسباب واضحة - بحسابات مع بنوك متعددة في ذات

(١٩٤) راجع في وقائع القضية المذكورة :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه ، ص ٤٦-٤٧ .

(١٩٥) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ٢ .

المنطقة، أو أولئك الذين يقومون بالتسوية نقداً بين مدفوعات خارجية (أوامر دفع ، حوالات) وأرصدتهم في ذات اليوم أو اليوم السابق ، وكذلك في حالة العميل الذي يقوم بإيداع شيكات في حسابه بمبالغ ضخمة من الغير ويتم تظهيرها لصالح العميل ، وكذلك تقادي العميل أو ممثلي الشركات العملاء الاتصال المباشر مع المسؤولين بالبنك ، وأيضاً تزايد استخدام أجهزة الإيداع الالكترونية في حساب العميل وزيادة الحركة على الحساب بشكل مفاجئ ، أو تقاعس العميل عن استخدام أرصدة حساباته الدائنة والخدمات المصرفية المتاحة بما يحقق فائدة له (مثل تقادي تحمل نسب عمولات أو هوامش أرباح مرتفعة على عمليات تمويل بمبالغ كبيرة رغم وجود أرصدة دائنة لدى العميل)، أو حصول زيادات ضخمة في حجم الودائع النقدية أو للأدوات القابلة للتداول من جانب عملاء مؤسسات وشركات باستخدام حسابات عملائهم أو حسابات أمانات ؛ لاسيما إذا كانت تلك الودائع يتم تحويلها مباشرة بين الحسابات المودع فيها إلى حسابات أخرى ، أو قيام عدد كبير من العملاء الأفراد بإيداع أموال في حساب واحد دون وجود مبرر أو تفسيرات أو ايضاحات مناسبة^(١٩٦).

كما قد تظهر الشكوك في غسيل الأموال في حالة وجود سجلات نقدية كبيرة من حساب كان في السابق حساباً خاملاً غير متحرك ، أو من حساب أضيف إليه مؤخراً مبالغ ضخمة غير متوقعة من الخارج^(١٩٧) . وقد تبدى ذلك من خلال قضية حصلت وقائعها في عام ١٩٩٧ ، إذ قام عميل غير مقيم بفتح

(١٩٦) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ص ٢-٣.

(١٩٧) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ٢.

حساب جارٍ في أحد بنوك لاهاي The Hague • وقام العميل باستخدام هذا الحساب لتحويل أموال من عدة شركات أوروبية إلى بنوك في تكساس في الولايات المتحدة الأمريكية • وكان البنك الهولندي في لاهاي قد وافق على فتح الحساب للعميل بعد أن قام الأخير بإطلاع مسؤولي البنك على مطبوعات تبين خطط أعماله ونشاطه في مجال تجارة النفط • وبعد فتح الحساب بأسابيع قليلة ، ظهر لمسؤولي البنك أن الحساب كان دائماً باستمرار من تحويلات واردة من بنوك أوروبية ، وفي خلال الأشهر اللاحقة ، لم يحصل أي تحويل على الإطلاق إلى البنك في تكساس بالولايات المتحدة (وهو الغرض من الحساب) ، بينما كان العميل يوالي السحب النقدي بمبالغ ضخمة للغاية من الحساب ، كما أن كميات أخرى كان يتم تحويلها بصفة دورية إلى حسابات في إحدى الدول الاسكندنافية • ثار الشك لدى البنك في لاهاي والذي قام بإبلاغ السلطات المختصة • وبعد التحري ، تبين أن الحسابات التي يتم التحويل إليها في تلك الدول الاسكندنافية لا تمت لعملاء في مجال صناعة النفط ، كما كشفت التحريات والتحقيقات عن وجود غش في تلك العمليات^(١٩٨) • ولاشك أن القضية المذكورة ، توضح أهمية المراقبة المستمرة لحساب العميل ومدى مطابقة العمليات التي ترد عليه مع طبيعة نشاط العميل والغرض من فتح الحساب •

(١٩٨) راجع في وقائع القضية المذكورة :

Guide to the Prevention of Money Laundering

المشار إليه ، ص ٤٣-٤٤.

ثالثاً - غسيل الأموال باستخدام معاملات مالية لها صلة بأنشطة استثمارية:

قد تنهض الشبهة في حالة قيام العميل بشراء أوراق مالية يتم الاحتفاظ بها لدى البنك بصفة أمانة في خزانة حديدية Safe custody في وقت لا يبدو فيه ذلك متناسباً مع المركز الظاهر للعميل . وفي قضية Saccoccia ، تبين أنه قد قام بغسل أكثر من مائة وخمسين مليون دولار من خلال شركات وهمية وأعمال تجارة المباس والأحجار الكريمة ، وكانت المبالغ المتحصلة يتم إيداعها في حسابات شركات واجهة في بنوك خارج الولايات المتحدة الأمريكية ثم يتم نقل وتحويل هذه المبالغ بعمليات عديدة ومعقدة عن طريق بنك سويسري يعمل في لندن . وأظهرت التحريات والتحقيقات علاوة على ذلك أن Saccoccia كان له خزائن حديدية في بنوك في لندن وفيينا وجدت فيها كميات ضخمة من النقد والأوراق المالية تقدر بملايين الدولارات . وصدر الحكم على Saccoccia بعقوبة السجن لمدة ٦٠٠ (ستمائة) عام ، وهي أطول مدة عقوبة في سجل الأحكام التي صدرت في قضايا غسيل الأموال^(١٩٩).

كما تقوم الشبهات حول معاملات التمويل أو الودائع Back to Back مع شركات تابعة أو زميلة لمؤسسات مالية تقع وتعمل في مناطق تشتهر بتجارة المخدرات ، أو من خلال تسويات ضخمة لعمليات بيع وشراء أوراق مالية والتي تتم بالسداد النقدي ، أو عمليات شراء وبيع أوراق مالية دون توافر

(١٩٩) راجع في وقائع هذه القضية :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه ، ص ٣٤.

أغراض محددة لها أو تتم في ظروف غير عادية^(٢٠٠).

وقد يحصل غسيل الأموال من خلال طلبات من عملاء أو محافظ بشأن شراء أو بيع أو أدوات أو خدمات استثمارية (سواء عملات أجنبية أو أوراق مالية)، لا يتضح فيها مصدر أموال العميل، أو تكون مصادر الأموال غير متماشية مع نشاطه الظاهر^(٢٠١). ففي قضية The confidence trickster، قدم شخص يدعى Horst نفسه إلى بنك في هولندا وأعلن لمسئول الحساب في البنك عن رغبته في فتح حساب تجاري باسم شخص آخر يدعى Boudewin، وحساب آخر لحساب شركة هي Credit BV والتي يمثلها أيضاً Boudewin. وبالفعل، تم فتح الحسابين بعد أن وعد Horst بأن Boudewin سيقدم إلى البنك ما يثبت هويته والأوراق الأخرى اللازمة لفتح الحسابين. وفي اليوم المحدد، قام Budewin بإتمام الإجراءات مع البنك. بعد شهر من فتح الحساب، تلقى البنك فاكساً من Budewin بأن Horst سيقوم بإيداع مبلغ ضخّم في حساب شركة Credit BV وأن Horst مفوض في سحب مبالغ كبيرة من ذلك الحساب، بعد أن يتم إيداع المبلغ. وقام Horst بالحضور لمقر البنك لإتمام تلك المعاملات في اليوم التالي لإرسال الفاكس، وعندما سأل مسؤول الحساب Horst عن مصدر تلك المبالغ، أجاب Horst بأن شركة Credit BV هي شركة تعمل كوسيط في مجال الاستثمارات في أوروبا الشرقية، وذلك بجذب الأموال من المستثمرين في القطاع الخاص، والحصول على عائد سنوي قدره ٢٤٪ من خلال القيام بمبادلات والتجارة في مجال خطابات

(٢٠٠) دليل الإرشادات، المشار إليه، ص ٣.

(٢٠١) دليل الإرشادات. السابق، ص ٣.

الاعتمادات الترقية Stand by letters of credit وأيضاً في مجال السندات البنكية المضمونة Prime Bank Guarantee Notes. ولما كان مسئول الحساب بالبنك - من واقع خبرته وعمله المصرفي - يعلم بأن الاعتمادات الترقية لا تستخدم إلا في التعامل بين البنوك ولا يمكن القيام بمبادلتهم على النحو الذي أفصح به Horst ، فضلاً عن العائد المرتفع والذي يبلغ ٢٤٪ كعوائد من تلك العمليات هو عائد لا يمكن تحقيقه نظراً للمبالغة الشديدة في النسبة. وقام البنك بإبلاغ السلطات المختصة عن شكوكه من أن كل من Horst و Budewin يرتكبان أعمالاً غير مشروعة وذلك باستخدام الاعتمادات الترقية كغطاء لستر الغش في معاملاتهم أو لغسل العوائد الناشئة عن أعمال غير مشروعة. وبالفعل ، كشفت التحريات والتحقيقات التي قام بها البوليس الدولي Interpol على أن هناك عمليات غش دولي في تلك المعاملات وغيرها ، وتم القبض على Horst ومحاكمته حيث صدر ضده الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات ونصف ، أما Budewin فما زال طليقاً يبحث عنه البوليس الدولي (٢٠٢).

رابعاً - غسيل الأموال عن طريق أنشطة دولية خارج نطاق الدولة :

يحصل غسيل الأموال بهذا الطريق من خلال استخدام خطاب اعتماد ووسائل أخرى لتمويل التجارة بقصد تحريك الأموال بين دولة وأخرى في حين أن النشاط موضوع خطط الاعتماد لا يرتبط بنشاط العمل ، أو من خلال القيام ببناء أرصدة ضخمة لا تتماشى مع معدل دوران الأنشطة المعتادة

(٢٠٢) راجع في وقائع هذه القضية :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه ، ص ص ٤٤ - ٤٦.

للعمل والتي يتم تحويلها فيما بعد إلى حساب أو حسابات يحتفظ بها الغير خارج إطار الدولة ، أو بالقيام بعمليات تحويل صادرة وواردة إلى عميل ما دون مرورها بأي من حساباته لدى البنك ، أو إذا اتخذت المعاملات شكل الطلب المتكرر والمنتظم لشيكات سياحية أو شيكات بعملات أجنبية (Drafts)، أو بالإيداع المتكرر والمنتظم لشيكات سياحية أو شيكات بعملات أجنبية (Drafts) في حساب العميل^(٢٠٣)، كما تثار الشبهات في حالة تقديم عميل إلى بنك من قبل مؤسسات خارجية تقع في دولة تشتهر بنشاط إنتاج وترويج المخدرات ، أو في حالة العميل الذي يقوم بدفع / تلقي مبالغ كبيرة - بشكل منتظم - من خلال الدفع النقدي أو من خلال التحويل بالفكس أو التلكس، مع عدم توافر ما يشير إلى مشروعية هذه المبالغ ، كما أنها ترتبط بعمليات مع دول مشهورة بارتباطها بإنتاج أو تسويق المخدرات ، أو ذات علاقة بمنظمات إرهابية محرّمة ، أو دول تعتبر ملاذاً للتهرب الضريبي^(٢٠٤).

خامساً - غسيل الأموال الذي ينطوي على اشتراك أو تورط موظفين

ووكلاء المؤسسات المالية:

أدت جرائم غسيل الأموال إلى ظهور طائفة جديدة من المجرمين مستقلة ومختلفة عن طائفة المجرمين في الجرائم الأصلية التي تدر الأموال غير النظيفة ، وهذه الطائفة الجديدة من المجرمين تؤدي خدمات إلى المجرمين الأصليين وتضم أشخاصاً من المحامين والمصرفيين والمحاسبين ورجال الأعمال ؛ وذلك لما تدره عمليات غسيل^{١١} وال لهم من أرباح طائلة

(٢٠٣) دليل الإرشادات، المشار إليه ، ص ٣-٤.

(٢٠٤) دليل الإرشادات، المشار إليه ، ص ٤.

تتراوح ما بين ٢٪ إلى ٢٠٪ من حجم الأموال التي يتم غسلها^(٢٠٥).

وقد يتم اشتراك المحامين أو السماسرة أو الموظفين في شكل معاملات يكونون فيها وكلاء ولا تتحدد هوية المستفيد الأخير أو الطرف المقابل وذلك خلافاً لما تجرى عليه الأعراف في مثل هذه المعاملات. ويستخلص تورط هذه الطائفة في جرائم غسل الأموال من معايير ظاهرة تلخص في حدوث تغييرات في أسلوب حياة الموظفين وصفاتهم المميزة كالإسراف والتبذير أو تجنب التمتع بالإجازات أو العطلات، أو بحصول تغييرات فجائية في أعمال الموظفين أو أداء الوكلاء مثل توسع أعمال الوكيل بصورة ملحوظة أو غير متوقعة^(٢٠٦). وتعتبر قضية Anthony Williams تطبيقاً واضحاً لذلك فقد كان Williams موظفاً مثالياً وله تاريخ حافل كموظف مدني وكبير مساعدي رئيس بوليس اسكتلنديارد New Scotlandyard، كما كان موضعاً ثقة هذه المنظمة الأمنية المشهورة. وتمكن Williams من استغلال هذه الثقة ليختلس من (رب عمله / اسكتلنديارد) حوالي ثمانية ملايين جنيه استرليني خلال ثمانية أعوام قبل افتضاح أمره. ففي عام ١٩٨٤ عهد إليه رب العمل بمسئولية القيام بتمويل شراء طائرة لاستخدامها في عمليات المراقبة السرية لبوليس اسكتلنديارد، وضماناً لسرية الصفقة، رُئي أن تبدو الصفقة وكأنها تتم باسم شركة خاصة لتمتلك الطائرة المذكورة. وعليه، ولاتمام هذه الخطوة، تم تأسيس شركة

(٢٠٥) راجع :

Scott Sultzer, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it" Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143-237 (1995).

وبصفة خاصة في ص ص ١٤٨-١٤٩.

(٢٠٦) دليل الإرشادات، المشار إليه، ص ص ٤-٥.

خاصة باسم Turnbull Associates (الشركة) ومقرها غرب لندن • وقامت الشركة فعلاً بشراء الطائرة من طراز Cessna 404 وكان مركزها في مطار Fair Oaks في جنوب إنجلترا • وأصبح Williams هو الموظف الأكبر في تلك الشركة وتم تفويضه في توقيع الشيكات عن الشركة • كما وثق به رب عمله تماماً ، فعهد إليه بكل الأمور اللازمة لتمويل الصفقة • وفي أول يوم ، قام Williams بسرقة ثلاثة آلاف وأربعمائة جنيه استرليني من حساب الشركة ليسدد به بعض المدفوعات من حسابه الخاص للسحب على المكشوف • وانتظر Williams لمدة أسبوعين ، ليرى ما إذا كان سيتم افتضاح أمره ، إلا أن شيئاً من ذلك لم يحصل • عندئذ بدأ Williams بزيادة المبالغ التي يختلسها ، وبهذه الأموال قام بشراء منزل كبير في الريف الإنجليزي ، وشقة في لندن ، وفيلا بأسبانيا ، وأملاك وعقارات كثيرة أخرى في اسكتلندا ، علاوة على السيارات الأنيقة الفارحة ، وقضاء العطلات في أغلى منتجعات العالم • ورغم وجود أنظمة محاسبية صارمة لدى اسكتلنديارد ، إلا أن الظروف الخاصة التي صاحبت تمويل الطائرة علاوة على التفويض المطلق الذي أعطي لـ Williams لتشغيل حساب الشركة ساعدته على التلاعب وعلى القيام بعملياته غير المشروعة • وكان Williams يقوم مرة في الشهر بعمل سحبيات لتغطية مصروفات الشركة وسداد المستحق عليها ، وكانت تلك السحبيات - كما هو ظاهر - تغطي مصروفات الوقود والايجار وغيرها من مبالغ خاصة بعمليات تشغيل الطائرة والشركة ، مضافاً إليها ما أصطنعه من مصروفات وهمية تسهل له الاستيلاء على مبالغ أخرى بصفة دورية • وعند تلقي المبالغ اللازمة لتغطية المصروفات ، كان Williams يقوم بسداد معاملات المشروع لتغطية حساب

الشركة للسحب على المكشوف في البنك ، ثم يقوم بسحب شيك موقعاً منه عن الشركة وذلك لصالح نفسه باعتباره المستفيد من الشيك . وبالإضافة إلى ذلك ، فقد نجح Williams في المراوغة ومنع الجهات الرقابية والمالية في اسكتلنديارد من القيام بالتفتيش عليه ، وبما عرقل أية محاولة لكشف عملياته المشبوهة ، كما أن شخصيته المبهرة كانت ضمن العوامل الرئيسية في عدم لفت الانتباه إلى نشاطه غير المشروع لما عرف عنه من استقامة وأمانة وعدم الخضوع لأية إغراءات . بل إن Williams تثبتاً لمكانته الاجتماعية ، استخدم جانباً من المبالغ التي اختلسها للحصول على لقب Lord لينضم بذلك إلى الطبقة الارستقراطية في المجتمع الانجليزي ، ومستفيداً من كل تلك العوامل ، فقد شرع Williams في مشروع لإقامة فندق ضخم ومنتجعات - بهدف معلن - وهو خلق فرص عمل جديدة لأهالي المنطقة . وتنفيذاً لذلك ، قام بتأسيس شركة Tomintoul في اسكتلندا ، كما طلب منحة من جهة حكومية للمساهمة في المشروع المذكور ، وقد وافقت الجهة الحكومية على مساهمة مقدارها ١٥٠.٠٠٠ جنيه استرليني ولكن بشرط قيام شركة Tomintoul بالكشف عن مصادر تمويلها للمشروع وطبقاً لقواعد هذه الجهة الحكومية في مكافحة عمليات غسيل الأموال ، لاسيما وقد ثار الشك لديها في أعمال وأنشطة Williams الذي أصبح موضوعاً للتحريات . وكان مثار الشك الرئيس هو أنه كيف استطاع Williams وراتبه السنوي لا يتجاوز مبلغاً قدره إثنان وأربعون ألف جنيه استرليني أن يقوم بتمويل المشروع المذكور والذي قدرت تكلفته المبدئية بملايين الجنيهات الاسترلينية ، لاسيما وأن العائد من المشروع غير

مضمون • وفعلًا تم القبض على Williams وتقديمه للمحاكمة^(٢٠٧) • ويستفاد من هذه القضية أن شخصية الموظف وافتتاله الاستقامة والأمانة وظهوره بمظهر الموظف الأمين والشريف قد يكون أحد العوامل الجوهرية في التعتيم للقيام بعمليات غسيل أموال • لذلك ينبغي بصفة مستمرة التحري عن موظفي البنوك والمؤسسات المالية مهما طالت مدة بقائهم بالوظيفة •

سادساً - غسيل الأموال عن طريق معاملات التمويل المضمونة وغير المضمونة:

ويأخذ غسيل الأموال بهذا الطريق عدة أساليب منها: قيام العميل بسداد ما عليه من ديون بصورة فجائية رغم أن تلك الديون كانت في السابق محوراً لمشكلات معقدة ، أو من خلال طلبات تمويل مقابل أصول تحتفظ بها مؤسسة مالية أخرى أو الغير ، بحيث يكون مصدر هذه الأصول غير معلوم أو تكون غير متماشية مع نشاط العميل ومركزه الظاهر لدى البنك ، أو عن طريق طلبات يتقدم بها عملاء نيابة عن مؤسساتهم المالية لترتيب تمويل صفقات تكون مساهمة العميل المالية فيها غير واضحة أو غير محددة ، خاصة إذا وجد ضمن الصفقة عقارات أو أملاك خاصة^(٢٠٨) •

سابعاً - غسيل الأموال باستخدام وسائل الدفع الالكترونية:

فقد يحصل غسيل الأموال من خلال تكرار سحب مبالغ كبيرة بواسطة

(٢٠٧) راجع :

Guide to the Prevention of Money Laundering.....

المشار إليه ، ص ص ٤٨-٥١ •

(٢٠٨) دليل الإرشادات ، المشار إليه . ص ص ٤-٥ •

بطاقات الائتمان (البطاقات البلاستيكية) رغم ارتفاع عمولة السحب بها ، وسداد الالتزامات القائمة عن ذلك نقداً ، أو بالإيداع النقدي لمبالغ كبيرة عبر الأجهزة الالكترونية تفادياً لأي اتصال مباشر مع موظفي ومسؤولي البنك^(٢٠١) .

ومن أهم وأخطر وسائل الدفع الالكترونية الحديثة ما يعرف بنظام Cyberbanking أو البنوك عبر الانترنت وهي صورة من صور التجارة الالكترونية E-Commerce . وهذه البنوك ليست في الواقع بنوكاً ؛ بالمعنى الفني الشائع والمألوف ، إذ هي لا تقوم بقبول الودائع مثلاً أو تقديم التسهيلات المصرفية أو غيرها من العمليات المصرفية المعتادة ، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيع وذلك باستخدام ما يعرف بالنقود الالكترونية E-money . فيقوم المتعامل بإدخال الشفرة السرية من أرقام أو خلافه وطباعتها على الكمبيوتر Encryption ، ومن ثم يستطيع تحويل الأموال بالطريقة التي يأمر بها الجهاز . وتعرف هذه الطريقة أيضاً باسم عمليات التحويل أو الاتصال المباشر (Online) وذلك عبر الانترنت^(٢١٠) . وهي تتيح لغاسلي الأموال نقل أو تحويل كميات ضخمة من الأموال بسرعة وأمان . فبنوك الانترنت تعمل في محيط من السرية الشاملة ، إذ لا يكون المتعاملون معها معلومي الهوية . ويرتفع الأمر إلى أقصى درجات الخطورة إذا علمنا أن

(٢٠٩) دليل الإرشادات ، المشار إليه ، ص ٥ .

(٢١٠) راجع :

Barry A.K. Rider, "Cyber-Organized Crime- The Impact of Information Technology on Organized Crime".....

المقالة المشار إليها ، ص ٣٣٧ وما بعدها .

راجع كذلك:

J. Drinkhall, "Computer Fraud: Internet Fraud" Volume 4 Journal of Financial Crime p. 244 (1997).

الحدود الوطنية ليس عائقاً أمام إجراء أي حجم من المعاملات المالية عن طريق هذه البنوك بطريقة فورية دون إمكان تعقبها.

وعليه ، فقد أصبح القيام بمرحلي الاندماج والترقيد لتسهيل الأموال أكثر يسراً وسهولة من خلال هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة (أي التحويل عبر الانترنت) . إذ يتمكن غاسلو الأموال من تحويل أرصدتهم عدة مرات يومياً في أكثر من بنك حول العالم ، ومع ذلك يكون تعقبهم أو كشف أمرهم شيئاً مستحيلاً . ومما يزيد الأمر هلعاً أن بنوك عبر الانترنت أو التحويلات المباشرة Online يمكن أن تعمل لفترات طويلة مع الانتقال دورياً خارج الحدود الوطنية للدولة ودون توقف وذلك باستعمال الرسائل الالكترونية السريعة Phantom Electronic Forwarding Address وذلك بهدف تجنب أي ملاحقة (٢١١) .

(٢١١) راجع :

Scott Sultz, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it

المقالة المشار إليها . ص ١٩٦ وما بعدها .

المطلب الثاني

التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة

أولاً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الكويتي:

ينبغي على البنوك والشركات والمؤسسات المالية الأخرى الخاضعة لقانون مكافحة عمليات غسيل الأموال رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ أن تبذل العناية اللازمة للتحري عن المعاملات التي يثور شك في أنها تنطوي على عملية من عمليات غسيل الأموال .

وفي هذا الخصوص ، تقضي تعليمات بنك الكويت المركزي بأنه يتعين على البنوك أن تقوم بتعزيز نظم الرقابة الداخلية فيها وذلك من خلال إعداد سياسة وإجراءات واضحة ودقيقة معتمدة من مجلس إدارة كل بنك تتضمن سياسة البنك بالنسبة لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب لتتوافق مع التشريعات المحلية والقرارات الوزارية ذات الصلة وتعليمات بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص . ويجب أن تشمل تلك السياسة والإجراءات على تعريف واضح لعمليات غسيل الأموال وأنماطها المختلفة وطرق اكتشافها وتلقيها ، إضافة إلى الحد الأدنى من الإجراءات التي يتعين على الموظفين المعنيين القيام بها لدى اكتشاف أي حالة تثير الشبهة بأنها من العمليات المشار إليها . كما تقضي التعليمات بوجوب التحري عن أصحاب طلبات التوظيف الجديدة للتأكد من عدم تعيين أي موظف جديد تحوم حوله أية شبهات قد يترتب عليه تعريض البنك لمخاطر غسيل الأموال وتمويل الإرهاب^(٢١٢) ، وأن

(٢١٢) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (٢/ب/٢٠٠٢/٩٢) بند رقم (١٤) ، ص ٧.

يتضمن تقرير مراقب الحسابات الخارجي عن نظم الرقابة الداخلية بالبنك رأياً واضحاً عن مدى التزام البنك بالقوانين المحلية والقرارات الوزارية وتعليمات بنك الكويت المركزي وسياسة وإجراءات البنك بهذا الخصوص^(٢١٣).

وتنص التعليمات على أنه ينبغي على البنوك بذل عناية خاصة واستثنائية بالنسبة للعمليات والصفقات المعقدة والكبيرة وجميع أنماط الصفقات غير الاعتيادية والتي لا يتوافر لها مقاصد وأهداف اقتصادية أو قانونية واضحة أو لا تتناسب ونشاط العميل أو معدل المبالغ المدينة والدائنة في حساباته ، أو تلك التي تثير الكشوك حول ماهيتها وأغراضها أو مصدر الأموال الخاصة بها ، ولا سيما المبالغ النقدية الكبيرة أو المتكررة التي يحاول أصحابها استبدالها أو التحويلات الداخلية والخارجية بمبالغ كبيرة أو متكررة^(٢١٤).

وفي الحالات التي يثور فيها الشك لغسيل الأموال أو تمويل الإرهاب بشأن معاملة معينة ، فإنه يتعين على البنك تجنب الأموال المرتبطة بالمعاملة المشبوهة في حساب معلق لمدة لا تتجاوز يومي عمل يتم خلالهما البحث والتحري وتجميع المعلومات الخاصة بالمعاملة المشبوهة ، فضلاً عن الأطراف ذات الصلة بالمعاملة وتدوين نتائج البحث والتحري الذي قام به البنك كتابة^(٢١٥).

فإذا تبين للبنك أن المعاملة محل الشك والأموال المرتبطة بها سليمة ومبررة طبقاً لمستندات تؤكد ذلك ، فإنه يجب على البنك إتمام تلك المعاملة

(٢١٣) السابق ، ص ٧.

(٢١٤) السابق . بند (١٠) ، ص ٥.

(٢١٥) السابق ، بند (١٠) ، ص ٥.

وفقاً للإجراءات المصرفية المعمول بها^(٢١٦).

أما إذا كشفت نتائج البحث والتحري التي قام بها البنك عن تأكيد الشبهات حول المعاملة والأموال المرتبطة بها ، فإنه يتعين على البنك القيام بإبلاغ النيابة العامة بتفاصيل المعاملة ، وذلك باعتبار النيابة العامة هي الجهة المختصة بتلقي البلاغات عن عمليات غسيل الأموال وذلك تطبيقاً للمادة ١/١٦ من القانون الكويتي والتي تنص على أنه "تتولى النيابة العامة وحدها التحقيق والتصرف والإدعاء في البلاغات التي ترد إليها حول الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون (جرائم غسيل الأموال والجرائم الخاصة بعدم الإبلاغ عن العمليات المشبوهة وغيرها من جرائم نص عليها القانون)". كما تقضي التعليمات بضرورة إرسال صورة من البلاغ المقدم للنيابة العامة عن المعاملة المشبوهة بكل تفاصيله - في ذات الوقت - إلى بنك الكويت المركزي للعلم^(٢١٧).

وفي جميع الأحوال ، يجب على البنك أن يقوم بإعداد تقرير يتضمن التفاصيل الكاملة للمعاملة (مثلاً ، الأطراف - المبالغ - الغرض من العملية - الأسس التي تم الاستناد إليها في اتخاذ القرار بتمرير المعاملة أو إحالتها للنيابة - المستندات الخاصة بالعملية ٠٠٠ الخ) . ويتحمل البنك كامل المسؤولية عن قراراته وما يترتب عليها من آثار قد تجعله مسألماً من قبل الجهات المختصة في حال تبين تقصيره في اتخاذ الإجراءات المناسبة للتحقق من سلامة المعاملة

(٢١٦) السابق ، بند (١٠) ص ٥.

(٢١٧) السابق ، بند (١٠) ، ص ٥-٦.

قيد الاشتباه والبحث^(٢١٨). كما يتعين على مسؤولي البنك وموظفيه عدم تحذير العميل صاحب المعاملة والأطراف ذات الصلة بتحركات البنك فيما اتخذه أو يقوم به من إجراءات البحث والتحري عن المعاملة المشبوهة لذلك العميل لحين الانتهاء منها^(٢١٩). كما يلاحظ أن الإجراءات المذكورة والخاصة بالبحث والتحري تنطبق على كافة المعاملات التي يشتبها البنك بأنها من عمليات غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب وبغض النظر عن حجم المبالغ المتصلة بالمعاملة^(٢٢٠).

وفي كل الأحوال ، يعفى من المسؤولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الذين يقومون - بحسن نية - بإبلاغ معلومات عن المعاملات المشبوهة وفقاً لأحكام القانون المذكور ، حتى ولو تبين سلامة وعدم إدانة العمليات المرتبطة بهذه البلاغات ، وبما يشجع المؤسسات المالية على الإبلاغ دون خوف أو وجل لمنحهم الحصانة من المسؤولية^(٢٢١).

وإذا تم الإبلاغ للنيابة العامة عن الاشتباه في أن معاملة معينة تنطوي على عملية من عمليات غسيل الأموال ، فإنه طبقاً لنص المادة ١/٨ من القانون الكويتي يكون للنائب العام أن يأمر بمنع المتهم من التصرف في أمواله كلها أو

(٢١٨) السابق ، بند (١٠) ، ص ٦.

(٢١٩) السابق ، بند (١١) ، ص ٦.

(٢٢٠) السابق ، بند (١٢) ، ص ٦.

(٢٢١) المادة (١٤) من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢.

بعضها إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية^(٢٢٢) . ويهدف هذا النص إلى منع المتهم من التصرف في المبالغ التي تكتنفها الشبهة حتى لا يهرب بفعلته ويقوم بتهديب تلك المبالغ . ومع ذلك ، وحرصاً على عدم الإضرار بالمتهم أو الغير ذوي الصلة ، فقد أجازت المادة ٢/٨ من القانون المذكور لكل ذي شأن أن يتظلم للمحكمة المختصة من أمر المنع من التصرف الصادر من النائب العام وذلك بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر . ومفاد ذلك أن قرار منع التصرف تكون مدته ثلاثة أشهر على الأقل^(٢٢٣) . وعلى المحكمة أن تفصل في التظلم المقدم إليها على وجه السرعة إما برفضه أو بإلغاء الأمر أو بتعديله وتقرير الضمانات اللازمة لذلك إن كان لها مقتضى . وإذا رفضت المحكمة التظلم المقدم من ذوي الشأن ، فلا يجوز إعادة التظلم إلا بعد مضي ستة أشهر أخرى من تاريخ الفصل في التظلم الأول^(٢٢٤) . ويبدو لنا أنه إذا تم رفض التظلم الثاني ، فإنه لا يجوز إعادة التظلم لمرة ثالثة . على أنه يجوز للنائب العام العدول عن الأمر أو تعديله وفقاً لمقتضيات التحقيق^(٢٢٥) .

ثانياً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون المصري :

تنص المادة الثالثة من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال على أن تنشأ بالبنك المركزي وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال تمثل فيها الجهات المعنية (الوحدة) . وتقوم

(٢٢٢) المادة ١/٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(٢٢٣) المادة ٢/٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(٢٢٤) المادة ٣/٨ من القانون الكويتي رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(٢٢٥) المادة ٤/٨ من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .

الوحدة بالاختصاصات المذكورة في القانون المشار إليه^(٢٢٦). كما يصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل الوحدة ونظام إدارتها ، وبنظام العمل والعاملين فيها ، وذلك دون التقيد بالنظم والقواعد المعمول بها في الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام^(٢٢٧). كما يتم إلحاق عدد كافٍ من الخبراء المتخصصين بالوحدة وذلك في المجالات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون ، كما يتم تزويدها بمن يلزمها من العاملين المؤهلين والدارسين^(٢٢٨).

وطبقاً للمادة الثامنة من القانون المشار إليه تلتزم المؤسسات المالية ، كالبנק وغيرها من جهات مذكورة بالمادة ١/ج من القانون ، بإخطار الوحدة

(٢٢٦) المادة ١/٣ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

(٢٢٧) المادة ٢/٣ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

وقد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن وحدة مكافحة غسل الأموال (الجريدة الرسمية - العدد ٢٥ (مكرراً) في ٢٤ يونيو ٢٠٠٢ ، وقد نصت المادة الأولى من القرار المذكور على أن "تشأ بالبنك المركزي المصري وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأموال تتولى مباشرة الاختصاصات الواردة بقانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ ، على النحو المبين بهذا القرار".

(٢٢٨) وقد نصت المادة الثانية من القرار الجمهوري المذكور على أن :

"يشكل للوحدة مجلس أمناء يضم خمسة أعضاء ، ثلاثة بحكم وظائفهم واثنين من أهل الخبرة ، على الوجه الآتي:

- ١- مساعد وزير العدل يختاره الوزير ، (رئيساً)
- ٢- أقدم نائب لمحافظ البنك المركزي
- ٣- رئيس هيئة سوق المال
- ٤- ممثل لاتحاد بنوك مصر يرشحه اتحاد البنوك
- ٥- خبير في الشؤون المالية والمصرفية يختاره رئيس مجلس الوزراء

يصدر هذا التشكيل بقرار من رئيس مجلس الوزراء".

وراجع في اختصاص مجلس أمناء الوحدة ومدته والإشراف عليه ، المواد ٣ ، ٤ ، ٥ من القرار الجمهوري المذكور.

عن العمليات المالية التي يشتبه في أنها تتضمن إحدى جرائم غسل الأموال المذكورة بالمادة الرابعة من القانون^(٢٢٩)، وعليه، يقتصر دور المؤسسات المالية على إخطار الوحدة - دون أي إجراء آخر - بحالة الاشتباه في غسل الأموال. وتختص الوحدة بتلقي الإخطارات عن حالات الاشتباه في غسل الأموال والتي ترد إليها من المؤسسات المالية. وفي سبيل تحقيق مهمتها، تقوم الوحدة بإنشاء قاعدة بيانات عما يتوفر لديها من معلومات، كما يتعين عليها أن تضع الوسائل الكفيلة بإتاحة تلك المعلومات للسلطات القضائية وغيرها من الجهات التي تختص بتطبيق القانون المذكور، كما يكون للوحدة أن تتبادل هذه المعلومات بالتنسيق مع جهات الرقابة بالدولة ومع الجهات المختصة في الدول الأجنبية والمنظمات الدولية تطبيقاً لأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها أو تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل^(٢٣٠).

(٢٢٩) المادة ٨ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، كذلك: نص المادة الثامنة من القرار الجمهوري المذكور على أنه:

"يحظر على أعضاء مجلس أمناء الوحدة وكافة العاملين بها الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية المشتبه في أنها تتضمن غسل أموال، أو عن البيانات المتعلقة بها".

(٢٣٠) المادة ٤ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، كما تنص المادة الخامسة من القرار الجمهوري المذكور على أن:

"يتولى رئيس مجلس الأمناء الإشراف على الوحدة وإدارة شئونها:

- ١- التأكد من تنفيذ الوحدة للمهام المحددة لها.
- ٢- إجراء الاتصالات والترتيبات المتعلقة بعمل الوحدة في المحافل الدولية وتبادل المعلومات مع الجهات المختصة بالدول الأخرى وبالمنظمات الدولية تطبيقاً لأحكام الاتفاقيات الدولية".

وتقوم الوحدة المشار إليها بالتحري والفحص لما يرد إليها من المؤسسات المالية من إخطارات ومعلومات في شأن العمليات التي تتضمن شبهة غسل الأموال . فإذا أسفرت التحريات التي تقوم بها الوحدة عن تأكيد تلك الشبهات ووجود دلائل على ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور ، تعين على الوحدة القيام بإبلاغ النيابة العامة عن تلك العمليات . ويكون للوحدة أن تطلب من النيابة العامة اتخاذ التدابير التحفظية على النحو المذكور في المواد ٢٠٨ مكرر (أ) و ٢٠٨ مكرر (ب) و ٢٠٨ مكرر (ج) من قانون الإجراءات الجنائية^(٢٣١) . كما تسري على جريمة غسل الأموال أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك والمضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢^(٢٣٢) .

ولقد قررت المادة ٦ من القانون المصري بشأن مكافحة غسل الأموال إضفاء صفة مأموري الضبط القضائي للعاملين بالوحدة الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بناء على طلب محافظ البنك المركزي المصري وذلك بالنسبة إلى الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور والتي تكون متعلقة بأعمال وظائفهم^(٢٣٣) .

ثالثاً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الإماراتي:

طبقاً لنص المادة السابعة من القانون الإماراتي تنشأ لدى المصرف المركزي وحدة معلومات مالية (الوحدة) وذلك لمواجهة غسل الأموال

(٢٣١) المادة ١/٥ و ٢/٥ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ .

(٢٣٢) المادة ٣/٥ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ .

(٢٣٣) المادة ٦ من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ .

والحالات المشبوهة . وتقوم كافة المنشآت المالية والمؤسسات المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية ذات الصلة بإرسال تقارير إلى الوحدة المذكورة عن المعاملات المشبوهة^(٢٣٤).

وتضع الوحدة نموذجاً للتقرير عن المعاملات المشبوهة التي يتعين على المنشآت والمؤسسات المالية إرساله إلى الوحدة ، وطريقة إرساله . وعلى الوحدة أن تقدم ما توفر لها من معلومات عن تلك المعاملات إلى جهات التحقيق^(٢٣٥) . كما يكون للوحدة أن تتبادل مع الوحدات المشابهة في الدول الأخرى معلومات تقارير الحالات المشبوهة وذلك عملاً بالاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو بشرط المعاملة بالمثل^(٢٣٦).

وإذا تأكدت - بعد التحري والدراسة - شبهات غسل الأموال بشأن معاملة معينة ، يكون على الوحدة المذكورة إبلاغ النيابة عنها لاتخاذ الإجراءات اللازمة^(٢٣٧) . كما يجوز للنيابة العامة أن تتخذ الإجراءات المناسبة إذا ورد إليها البلاغ عن العمليات المشبوهة مباشرة من أية جهة أخرى ، وذلك بعد استطلاع رأي الوحدة المذكورة فيما تضمنه هذا البلاغ^(٢٣٨).

وطبقاً للمادة الرابعة من القانون المذكور يكون للمصرف المركزي أن يأمر بتجميد الأموال التي يشتبه في انطوائها على شبهة غسل الأموال لدى

(٢٣٤) المادة ٧ من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ بدولة الإمارات العربية المتحدة .

(٢٣٥) السابق .

(٢٣٦) السابق .

(٢٣٧) المادة ١/٨ من القانون الاتحادي رقم (٤) بدولة الإمارات ، المشار إليه .

(٢٣٨) المادة ١/٨ من القانون المشار إليه سابقاً .

المنشآت والمؤسسات المالية لمدة لا تزيد على سبعة أيام^(٢٣٩). كما يحق للنيابة العامة أن تأمر بالتحفظ على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط المشتبه بها وفق الإجراءات المتبعة لديها^(٢٤٠). كما يكون للمحكمة المختصة أن تأمر بإجراء حجز التحفظي لمدد غير محددة لأية أموال أو متحصلات أو وسائط إذا كانت ناتجة عن جريمة غسل أموال أو أموال مرتبطة بها^(٢٤١). ولا يجوز إقامة الدعوى الجزائية على مرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور إلا من النائب العام، وذلك دون الإخلال بأي من الإجراءات المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون^(٢٤٢).

رابعاً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون اللبناني:

تنص المادة السادسة من القانون اللبناني رقم ٣١٨ بشأن مكافحة تبييض الأموال على أن تنشأ لدى مصرف لبنان هيئة مستقلة - ذات طابع قضائي - تتمتع بالشخصية المعنوية وغير خاضعة في ممارسة أعمالها لسلطة المصرف المركزي، وتكون مهمتها التحقيق في عمليات تبييض الأموال والسهرة على التقيد بالأصول وبالإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وتسمى "هيئة التحقيق الخاصة" أو "الهيئة"^(٢٤٣). وتتكون الهيئة من حاكم مصرف لبنان أو

(٢٣٩) المادة ١/٤ من القانون المشار إليه سابقاً. كما تنص المادة ٢/٥ من نفس القانون على أنه "لا يتم تنفيذ قرارات التحفظ والحجز التحفظي على الأموال لدى المنشآت السالية إلا عن طريق المصرف المركزي". المادة ٢/٥ من القانون الإماراتي المذكور.

(٢٤٠) المادة ٢/٤ من القانون الإماراتي المشار إليه.

(٢٤١) المادة ٣/٤ من القانون الإماراتي المشار إليه.

(٢٤٢) المادة ١/٥ من القانون الإماراتي المشار إليه.

(٢٤٣) المادة ١/٦ من القانون اللبناني رقم ٣١٨ لسنة ٢٠٠١.

من ينتدبه من بين نوابه في حال تعذر حضوره وذلك كرئيس للهيئة ، بالإضافة إلى ثلاثة أعضاء هم : رئيس لجنة الرقابة على المصارف أو من ينتدبه للحضور من بين أعضاء اللجنة في حالة تعذر حضوره ، والقاضي المعين في الهيئة المصرفية العليا - وفي حالة تعذر حضوره - ينوب عنه قاضي رديف يعينه مجلس القضاء الأعلى لمدة تعادل مدة تعيين الأصيل ، غرضاً أصيل وعضو رديف يعينهما مجلس الوزراء بناء على ترشيح حاكم مصرف لبنان^(٢٤٤). كما تقوم الهيئة بتعيين أميناً للسر متفرغاً للأعمال التي تكلفه بها الهيئة ، ويكون من ضمن مهامه القيام بتنفيذ قرارات الهيئة والإشراف المباشر على جهاز خاص من المدققين تنتدبهم الهيئة لمراقبة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في القانون المذكور والتحقق منها بشكل مستمر دون أن يعتد تجاه أي منهم بأحكام قانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦^(٢٤٥).

وتكون مهمة هيئة التحقيق الخاصة بإجراء التحقيقات في العمليات التي يشته بأنها تشكل جرائم تبييض أموال وتقرير مدى جاذبية الأدلة والقرائن على ارتكاب تلك الجرائم أو إحداها ، ويكون للهيئة المذكورة وحدها - دون أي جهة أخرى - الحق في تقرير رفع السرية المصرفية لصالح المراجع القضائية المختصة ولصالح الهيئة المصرفية العليا ممثلة بشخص رئيسها وذلك عن الحسابات المفتوحة لدى المصارف أو المؤسسات المالية والتي يشته بأنها استخدمت لأغراض تبييض الأموال^(٢٤٦).

(٢٤٤) المادة ٢/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٤٥) المادة ٣/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٤٦) المادة ٤/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

وتجتمع الهيئة المذكورة - بدعوة من رئيسها - مرتين في الشهر على الأقل وأيضاً كلما دعت الحاجة إلى ذلك ، ولا تكون اجتماعاتها صحيحة قانوناً إلا بحضور ثلاثة أعضاء على الأقل^(٢٤٧). وتتخذ القرارات في الهيئة بأكثرية أعضائها الحاضرين ، ويكون صوت رئيسها مرجحاً في حالة تعادلت الأصوات^(٢٤٨). وتضع الهيئة نظام سير العمل بها ، ونظام المستخدمين التابعين لها والمتعاقدين معها والخاضعين للقانون الخاص لاسيما فيما يتعلق بالالتزام بالحفاظ على السرية المصرفية . ويتحمل مصرف لبنان جميع نفقات الهيئة والأجهزة التابعة لها من ضمن الموازنة التي تضعها وذلك بعد الحصول على موافقة المجلس المركزي لمصرف لبنان^(٢٤٩).

ويتعين على المؤسسات الخاضعة لقانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦ ، كالبנק ، وكذلك المؤسسات غير الخاضعة للقانون المذكور بما فيها المؤسسات الفردية كمؤسسات الصرافة والشركات التي تقوم بعمليات الوساطة المالية وشركات الإيجار التمويلي وهيئات الاستثمار الجماعي وشركات التأمين وشركات ترويج وبناء العقارات وتجار السلع ذات القيمة المرتفعة أن تقوم بالإبلاغ فوراً إلى الهيئة عن تفاصيل العمليات التي يشتبهون في أنها تخص عمليات تبييض الأموال^(٢٥٠).

كما يتعين على المراقبين العاملين لدى لجنة الرقابة على المصارف

(٢٤٧) المادة ٥/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٤٨) المادة ٦/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٤٩) المادة ٧/٦ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٥٠) المادة ١/٧ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

إبلاغ الهيئة بواسطة رئيس اللجنة عن العمليات التي يطبلعون عليها بمناسبة قيامهم بمهامهم والتي يشبهون بأن تخفي عمليات تبيض أموال^(٢٥١).

وتجتمع الهيئة فور تلقيها البلاغات من المؤسسات المالية المشار إليها أو من المراقبين العاملين لدى لجنة المصارف أو فور تلقي معلومات من السلطات الرسمية اللبنانية أو الأجنبية عن عمليات تبيض أموال^(٢٥٢). وبعد تدقيق البلاغات والمعلومات تتخذ الهيئة - في مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام عمل - قراراً مؤقتاً بتجميد الحساب أو الحسابات المشبوهة. ويكون التجميد لمدة خمسة أيام قابلة للتجديد مرة واحدة إذا كان مصدر الأموال لا يزال مجهولاً أو إذا وجدت شبهات أنها ناشئة عن إحدى جرائم تبيض الأموال. وفي خلال مدة التجميد المذكورة، تقوم الهيئة بتحقيقاتها بشأن الحساب أو الحسابات المشبوهة إما مباشرة أو بواسطة من تدينه من أعضائها أو المسؤولين المعنيين لديها أو بواسطة أمين السر لديها أو من تعينه من بين مفوضي المراقبة ويقوم كل من هؤلاء بمهامه وبشرط التقيد بالسرية ودون أن يعتد تجاهه - في نفس الوقت - بأحكام قانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦^(٢٥٣).

ويتعين على الهيئة - خلال المهل المقررة للتجميد المؤقت للحساب أو للحسابات وبما لا يتجاوز حدود تلك المهل - أن تجري التحقيقات اللازمة بشأن المعاملة أو المعاملات المشبوهة وأن تصدر قراراً نهائياً إما بتحرير الحساب إذا لم يتبين لها أن مصدر الأموال غير مشروع وإما برفع السرية المصرفية عن

(٢٥١) المادة ٢/٢ من القانون اللبناني، المشار إليه.

(٢٥٢) المادة ١/٨ من القانون اللبناني، المشار إليه.

(٢٥٣) المادة ٢/٨ من القانون اللبناني، المشار إليه.

الحساب أو الحسابات المشتبه فيها ومواصلة تجميدها وفي حال عدم إصدار الهيئة أي قرار بعد إنقضاء المهلة كما هو منصوص عليه في المادة ٢/٨ من القانون المذكور يعتبر الحساب محرراً حكماً وبقوة القانون^{٥٠} ولا يجوز الطعن في القرارات التي تتخذها الهيئة في هذا الخصوص بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية أو بأي طريق من طرق المراجعة الإدارية بما في ذلك المراجعة لتجاوز حدود السلطة^(٢٥٤).

وإذا وافقت الهيئة المذكورة على رفع السرية المصرفية بالنسبة للحساب المشبوه، فإنه يتعين عليها أن ترسل نسخة طبق الأصل عن قرارها النهائي المسبب بذلك إلى كل من النائب العام التمييزي، وإلى الهيئة المصرفية العليا وإلى الشخص صاحب العلاقة، وإلى البنك المعني (مثلاً البنك الذي لديه الحساب)، وإلى الجهة الخارجية المعنية وذلك إما مباشرة وإما بواسطة المرجع الذي وردت المعلومات عن طريقه^(٢٥٥). وباستثناء قرار الهيئة بالموافقة على رفع السرية المصرفية، يتسم بالسرية المطلقة الالتزام بالإبلاغ المنصوص عليه في القانون المذكور من قبل أي شخص طبيعي أو اعتباري والمستندات المقدمة لهذه الغاية ومستندات التحقيق وإجراءاته في مختلف مراحل^(٢٥٦).

كما تجيز المادة التاسعة من القانون المذكور لرئيس الهيئة أو لمن يتدبه من أعضاء الهيئة مباشرة مخابرة كافة السلطات اللبنانية أو الأجنبية وسواء كانت هذه السلطات قضائية أم إدارية أم مالية أم أمنية وذلك بغرض

(٢٥٤) المادة ٣/٨ من القانون اللبناني، المشار إليه.

(٢٥٥) المادة ٤/٨ من القانون اللبناني، المشار إليه.

(٢٥٦) المادة ١١ من القانون اللبناني، المشار إليه.

طلب معلومات أو الإطلاع على تفاصيل التحقيقات التي تكون قد أجرتها حول الأمور المرتبطة أو المتصلة بتحقيقات تجريها الهيئة ، وعلى السلطات اللبنانية أن تستجيب لطلب المعلومات فوراً والذي يقوم إليها من رئيس الهيئة أو من ينتدبه لذلك من بين أعضائها^(٢٥٧).

وتقوم الهيئة بتعيين جهاز مركزي يسمى "الوحدة الإدارية لجمع المعلومات المالية" يكون المرجع الصالح والمركزي الرسمي لرصد وجمع المعلومات المتعلقة بجرائم تبييض الأموال وحفظها وتبادل المعلومات مع نظيراتها من الأجهزة الأجنبية. ويكون على الوحدة الإدارية لجمع المعلومات المالية إعلام الهيئة بشكل دوري بالمعلومات المتوافرة لديها عن جرائم تبييض الأموال^(٢٥٨). وتحدد الهيئة عدد أعضاء الوحدة المذكورة ومهامهم وأتعاب كل منهم وتتخذ بحقهم التدابير المسلكية وتصرفهم في حال التقصير في أداء واجباتهم ، ودون الإخلال بمسئوليتهم الجزائية أو المدنية. وينطبق على أعضاء تلك الوحدة نفس الالتزامات المفروضة على أعضاء الهيئة ، لاسيما الالتزام بالحفاظ على السرية^(٢٥٩).

ويتمتع كل من رئيس وأعضاء الهيئة والعاملين لديها أو المنتدبين من قبلها بالحصانة في نطاق وفي حدود أعمالهم وفقاً لأحكام القانون المذكور ، فلا يجوز مقاضاة أي منهم أو ملاحقته جنائياً أو مدنياً فيما يتعلق بأية مسؤولية عن أداء مهامهم وفقاً للقانون المذكور أو فيما يتعلق بالجرائم المنصوص عليها

(٢٥٧) المادة ٩ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٥٨) المادة ١/١٠ و ٢/١٠ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

(٢٥٩) المادة ٣/١٠ و ٤/١٠ من القانون اللبناني ، المشار إليه .

في قانون سرية المصارف لعام ١٩٥٦. كما يتمتع البنك وموظفوه بالحصانة من أية مسؤولية وذلك فيما يخص تنفيذ التزاماتهم بموجب هذا القانون أو بموجب قرارات الهيئة^(٣٦٠).

(٣٦٠) المادة ١٢ من القانون اللبناني، المشار إليه.

خاتمة

أصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال ، مسائراً في ذلك الاتجاهات الدولية الحديثة والتشريعات الوطنية في هذا الخصوص . ولاشك أن تلك خطوة محموددة للمشرع . ويضم القانون المذكور عشرين مادة تعالج تعريف عمليات غسيل الأموال ، جرائم غسيل الأموال والعقاب عليها ، التزامات المؤسسات المالية والجزاء على مخالفتها ، وأحكام التعاون الدولي في مجال المكافحة . ولكن هل تلبي نصوص ذلك القانون الطموحات المرجوة منه في الحد من غسيل الأموال ؟

رصد القانون الكويتي عقوبات رادعة لجريمة غسيل الأموال ، وهي الحبس والغرامة والمصادرة للأموال موضوع التسييل ، باعتبار تلك الجريمة جناية . كما شدد القانون العقوبات بمضاعفتها ، فيما إذا حصل التسييل من مجموعات إجرامية منظمة أو قام به شخص مستغلاً نفوذه أو سلطته . وإمعاناً في ملاحقة مرتكبي الجريمة ، فقد أفرد المشرع الكويتي أحكاماً خاصة - لا مثيل لها في قوانين كثيرة - تقضي بعدم تقادم الدعوى الجزائية أو العقوبة المحكوم بها بمضي المدة ، وعدم التخفيف بأي شكل على مرتكبي الجريمة ، فلا تنطبق الأحكام المتعلقة بوقف تنفيذ العقوبة أو الأحكام الخاصة بالامتناع عن العقاب . ولا مناحة في أن هذا المسلك يكشف عن عدم التهاون مع مرتكبي جرائم غسيل الأموال بملاحقتهم - مهما طال الزمن - وإنزال العقاب عليهم ، حماية للمجتمع من الآثار الوخيمة لتلك الجرائم . وقد حرص المشرع - في نفس

الوقت - على إعفاء الجاني من العقاب في حالات معينة ، تصب هي الأخرى لصالح المجتمع ، وذلك إذا ما أبلغ الجاني السلطات المختصة عن الجريمة وشركائه فيها قبل علمها بها ، وبما يمكن السلطات من ضبط الجناة وإحباط عمليات غسل الأموال .

وقد اشتمل القانون الكويتي على تعريف مرن لعمليات غسل الأموال ، وبما ينصرف إلى القيام بأية عملية أو مجموعة من العمليات المالية أو غير المالية التي تهدف إلى إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال وعائدات أية جريمة وإظهارها في صورة أموال أو عائدات متحصلة من مصدر مشروع . ورغم أن هذا التعريف من الاتساع ليضم كافة العمليات التي تستهدف غسل الأموال ، إلا أن حسن السياسة التشريعية في مجال التجريم والعقاب وما يوجبه ذلك من تحديد وضبط ، كان يقتضي النص صراحة على الجرائم التي تتحصل عنها الأموال والعائدات للقيام بغسلها ، وهو ما قرره المشرع في قوانين أخرى ، كالقانون الأمريكي والمصري واللبناني والإماراتي ، بالنص صراحة وعلى سبيل الحصر على الجرائم التي تتحصل عنها الأموال غير المشروعة ، وبما لا يترك المجال للشك أو التفسير أو التأويل في مجال التجريم .

كما حدد القانون الكويتي التزامات المؤسسات المالية باعتبارها القنوات التي عادة ما يقوم غاسلو الأموال من خلالها بتمرير معاملاتهم غير المشروعة ، وبما يشمل كافة المؤسسات المالية سواء في القطاع الخاص كالبنوك وشركات الاستثمار ، شركات التأمين ، شركات ومؤسسات الصرافة ، وغيرها ، وكذلك المؤسسات المالية الحكومية . ولقد ألقى القانون المذكور بالعديد من الالتزامات على تلك المؤسسات ، لاسيما الالتزام بعدم الاحتفاظ بحسابات

وهمية أو مرقمة لعملائهم ، الالتزام بالتحقق من هوية العملاء عند إجراء أي معاملات لهم ، الاحتفاظ بالوثائق والمستندات عن المعاملات لمدة معينة . كما فرض القانون الكويتي التزامات هامة على العاملين والموظفين في المؤسسات المالية ، لاسيما ذلك الالتزام الخاص بالإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة تتصل بعلمهم . وفي هذا الخصوص ، نجد أن القانون المذكور قد بسط نطاق الالتزامات لتشمل كافة التعليمات والقرارات التي تصدرها الجهات الرقابية والحكومية بما في ذلك تعليمات بنك الكويت المركزي بشأن مكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب .

وقد فرض القانون الكويتي عقوبة الغرامة التي لا تتجاوز مليون دينار على أية مؤسسة مالية يثبت تقصيرها في القيام بأي من الالتزامات المقررة بموجب ذلك القانون أو تعليمات بنك الكويت المركزي . وهذا جزاء خطير ، فضلاً عن قسوته المالية ، فإن من شأن إيقاعه على إحدى المؤسسات ، أن تصاب في سمعتها ويهتز مركزها . ومن جهة أخرى ، فقد قرر القانون عقوبات رادعة لموظفي المؤسسات المالية في حالة إخلالهم بالالتزام بعدم الإبلاغ عن أية معاملة مشبوهة تتصل بعلمهم أو في حالة إخفاء أو تدمير أية مستندات أو وثائق متعلقة بها ، أو في حالة القيام بتحذير العملاء بشأن المعاملات المشبوهة .

وفي خصوص التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة ، اقتصر القانون الكويتي على تقرير مبدأ التزام المؤسسات المالية بإجراء التحريات اللازمة لذلك وإبلاغ النيابة العامة بالنتائج ، ودون أن يخوض القانون في تفاصيل وإجراءات التحري والإبلاغ . ثم جاءت تعليمات بنك الكويت المركزي بإرساء قواعد وإجراءات التحري والإبلاغ ، فألزمت البنوك ببذل العناية اللازمة

للتحري عن المعاملات التي يثور الشك في أنها تنطوي على عملية من عمليات غسيل الأموال ، وتعزيز الرقابة الداخلية فيها من خلال سياسة وإجراءات واضحة لاكتشاف تلك المعاملات ، وإعداد تقرير عنها ، وتجنب الأموال المشبوهة ، وإنشاء وحدة مستقلة في كل بنك أو مؤسسة مالية تختص بالتحقق من مدى التزام البنك بأحكام مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب .

والحقيقة إن نظام التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة ، وفقاً للقانون الكويتي وتعليمات بنك الكويت المركزي ، يلفه شيء من الغموض ويتسم ببعض القصور ، خاصة فيما يتعلق بكيفية التحري عن المعاملات المشبوهة ومدته التي لا تتجاوز يومي عمل ، وعدم وجود إدارة أو وحدة مركزية للبنوك وللمؤسسات المالية تصب فيها البلاغات عن المعاملات المشبوهة قبل إحالتها للنياية . وفي هذا الخصوص ، نرى أن القانون اللبناني بشأن تبييض الأموال قد عالج هذه المسألة بطريقة أفضل ، وذلك بإنشاء هيئة مستقلة ذات طابع قضائي لدى مصرف لبنان وتتمتع بالشخصية المعنوية تكون مهمتها التحقيق في عمليات غسيل الأموال والسهر على التقيد بالأصول والإجراءات المنصوص عليها في ذلك القانون ، ويناط بها رفع السرية المصرفية وتجميد الأموال المشبوهة ويكون لها - عن طريق وحدة تابعة لها - جمع كافة المعلومات والاستعلام عن العميل وعن المعاملات المشبوهة .

وعلى أي الأحوال ، فإن فعالية نصوص أي قانون لمكافحة عمليات غسيل الأموال لا تقاس فقط على أساس دقة صياغة النصوص وتفصيل الأحكام ، بقدر ما تركز أيضاً على حسن التطبيق مع السرعة الواجبة في

التحري والتحقق من مدى سلامة المعاملات ، وإجراءات ضبط المشتبه فيهم ، وفي هذا الخصوص ، فإن التفيد التام بمبدأ أعراف عميلك من شأنه تفعيل دور المؤسسات المالية لمكافحة عمليات غسيل الأموال وتمويل الإرهاب ، لاسيما مع إرساء مبدأ حصانة تلك المؤسسات من المسئوليات المدنية والجناحية والإدارية عند الإبلاغ بحسن نية عن المعاملات المشبوهة .

المراجع

أولاً - باللغة العربية :

- ١ - الدكتور إدوارد عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى - بيروت ١٩٦٧) .
- ٢ - إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف (منشورات عويدات - بيروت - باريس ١٩٨٣) .
- ٣ - الدكتور حسين النوري ، سر المهنة المصرفية ، في القانون المصري والقانون المقارن (مكتبة عين شمس - القاهرة) .
- ٤ - الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، (الطبعة الأولى - القاهرة ، ١٩٩٧) .
- ٥ - الدكتور سليمان عبدالمنعم ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة (دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٩) .
- ٦ - الدكتورة سميرة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة عين شمس - القاهرة ١٩٩٢) .
- ٧ - الدكتور عبدالعظيم مرسي وزير ، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال - دراسة تحليلية تأصيلية (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٧) .
- ٨ - الدكتور علي جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨١) .

- ٩- الدكتور علي الفهوجي ، شرح قانون العقوبات - القسم العام (الكتاب الأول - النظرية العامة للجريمة ، ١٩٩٧).
- ١٠- ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني - حلقة نقاشية عقدتها كلية الحقوق - جامعة الكويت في ١٠/٥/١٩٩٨ ، منشورة في مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد الثالث - السنة ٢٢ - سبتمبر ١٩٩٨ ، ص ص ٢٩١ - ٣٨٥.
- ١١- الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٥).
- ١٢- الدكتور محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات - القسم العام (دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٦).
- ١٣- الدكتور محمود عبدالفضيل ، وجيهان دياب ، أبعاد ومكونات الاقتصاد الخفي وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري (١٩٧٤ - ١٩٨٤) مجلة مصر المعاصرة - العدد ٤٠٠ أبريل (١٩٨٥).
- ١٤- الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات - القسم العام (الطبعة السادسة - دار النهضة العربية ١٩٨٩).
- ١٥- الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجاري (دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، ١٩٨٩).
- ١٦- الدكتورة هدى حامد قشقوش ، الجريمة المنظمة : القواعد الموضوعية والإجرائية والتعاون الدولي (دار النهضة العربية ٢٠٠٠).

١٧ - الدكتور هدى حامد قشقوش ، جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي (القاهرة - دار النهضة العربية ١٩٩٨) .

ثانياً - باللغة الانجليزية :

- 1- "An Overview – Impact of the Initiative Against Terrorist Property on Banks and Financial Institutions", Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control pp. 217-232 (Winter 2003).
- 2- *Alastir N. Brown*, "Proceeds of Crime: Money Laundering Confiscation and forfeiture (W. Green/ Sweet & Maxwell – Edinburgh 1996).
- 3- *Barry A. K. Rider*, "Cyber – Organized Crime – The Impact of Information Technology on Organized Crime", Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 332-345 (June 2000).
- 4- *Betty Santangelo & Marc E. Elovitz*, "Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker – Dealer to Do?" (Practising Law Institute – Corporate Law and Practise Course Handbook Series (April 1998).
- 5- *Brian R. Allen*, "The Banking Confidentiality Laws of Luxemborg and the Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe", Volume 28 Texas International Law Journal, pp. 73-117 (Winter 1993).
- 6- *Bruce Zagaris*, "A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters" Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1032-1116 (1999).
- 7- *Bruce Zagaris*, "United States Enacts Counter-Terrorism

- Act with Significant New International Provisions”, Volume 17 International Enforcement Law Reporter p. 522 (December 2002).
- 8- *Bruce Zagaris and S.B. McDonald*, “Money Laundering, Financial Fraud and Technology” The Perils of Instantaneous Economy” Volume 26 George Washington Journal of International and Economic Law, pp. 61-63 (1992).
 - 9- *Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla*, “Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti-Money Laundering Policy”, Volume 19 Brooklyn Journal of International Law, pp. 871 – 965.
 - 10- *Betra Esperanza Hernandez*, “Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy”, Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations, pp. 235-304 (Winter 1993).
 - 11- *Cadmen, Joanne Greig*, “Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIVth International Congress of Comparative Law: Boston, Kluwer International (1996), Volume 8 Criminal Law Forum, pp. 485-492 (1997).
 - 12- *Cees D. Schaap*, “Fighting Money Laundering: with Comments of the Legislation of the Netherlands Antilles and Aruba (Kluwer Law International 1998).
 - 13- Comment – “Responding to Terrorism Crime, Punishment and War” Volume 115 Harvard Law Review 217 (2002).

- 14- *Dayanath Jayasuria*, "Money Laundering and Terrorism Financing: The Role of Capital Market Regulators" Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime pp. 30-36 (July 2002).
- 15- *Donats Masciandaro*, "The Illegal Sector, Money Laundering and the Legal Economy: A Macroeconomic Analysis" Volume 8 No. 2 Journal of Financial Crime pp. 103-112 (November 2000).
- 16- *Duncan E. Alford*, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions", Volume 60 Fordham Law Review, pp. S 467-S500 (May 1992).
- 17- *Duncan E. Alford*, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions" Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulations, pp. 437-468 (Summer 1994).
- 18- *Ethan A. Nadelan*, "Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S. Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions, Volume 18 University of Miami Inter-American Law Review, pp. 33-81 (Fall 1986).
- 19- *Ethan Pretson*, "The USA PATRIOT Act: New Adventures in American Extra-territoriality" Volume 10 No. 2 Journal of Financial Crime, pp. 104-116 (October 2002).
- 20- *Fath El-Rahman El-Sheikh*, "Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Perspective", Volume 14 Dickinson Journal of International Law, pp. 577-593 (Spring 1996).
- 21- *Fletcher N. Baldwin, Jr.* "Money Laundering Counter-

- measures with Primary Focus upon Terrorism and the USA PATRIOT Act 2001”, Volume 6 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 105-136 (2002).
- 22- **Frank O. Browman**, “The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: An Analysis and Legislative History” Volume 35 Indiana Law Review pp. 5-101 (2001).
 - 23- **Gorson Hutchins**, “The Electronic Dimension to Money Laundering – The Investigator’s Perspective” Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control pp. 232-235 (Winter 2000).
 - 24- Guide to the Prevention of Money Laundering (International Chamber of Commerce Crime Bureau – 1998).
 - 25- **Hans – Peter Bauer and Martin Peter**, “Global Standards for Money Laundering Prevention” Volume 10 No. 1 Journal of Financial Crime pp. 69-72 (July 2002).
 - 26- **Jackie Johnson**, “Blacklisting: Initial Reactions, Responses and Repercussions” Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 221-225 (Winter 2001).
 - 27- **Jackie Johnson**, “11th September, 2001: Will it Make a Difference to the Global Anti-Money Laundering Movement?” Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 9 - 16 (Summer 2002).
 - 28- **Jackie Johnson and Y.C. Desmond Lim**, “Money Laundering: Has the Financial Action Task Force Made a Difference?” Volume 10 No. 1 Journal of Financial

- Crime, pp. 6 – 22 (July 2002).
- 29- *Joan Wadsley*, “Banks in a Bind: The Impact of Money Laundering Legislation”, Volume 16 No. 5 Journal of International Banking Law p. 125 (July 2001).
 - 30- *John Mils*, “Internet Casinos: A Sure Bet For Money Laundering” Volume 8 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 365 – 383 (June 2001).
 - 31- *John Rhodes*, “The Impact of UK Money-Laundering Legislation on Fiscal Crime” Volume 8 No. 2 Journal of Financial Crime, pp. 117 – 122 (November 2000).
 - 32- *Kern Alexander*, “The International Anti-Money Laundering Regime: The Role of the Financial Action Task Force” Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 231 – 248 (Winter 2001).
 - 33- *Kern Alexander*, “International Legal Developments: Critical Review of Terrorist – Related Legislation and the Monitoring of New Legislation” Volume 6 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 201 – 216 (Winter 2003).
 - 34- *Kevin E. Davis*, “Legislation Against the Financing of Terrorism: Pitfalls and Prospects” Volume 10 No. 3 Journal of Financial Crime, pp. 269 – 274 (January 2003).
 - 35- *Kimberly Anne Summe*, “The Battle Against Money Laundering: An Examination of U.S. Law, International Cooperative Efforts and Corporate Governance Issues”, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 236 – 244 (Winter 2000).
 - 36- *Kir Hinterseer*, “The Wolfsberg Anti-Money

- Laundering Principles”, Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 27 – 41 (2001).
- 37- **Lee R. Sneddon**, “The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS / CHAPS/ FEDWIRE and the Regulations on Capital Adequacy and Money Laundering” pp. 9 – 24 (Funds Transfers in International Banking – editor: Charles Del Busto, 1992).
 - 38- **Louis de Koker**, “Money Laundering: Trends in South Africa”, Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp 27 – 41 (Summer 2002).
 - 39- **Michael Blair**, “Money Laundering Control in the Financial Regulation Context”, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 102 – 103 (Autumn 1999).
 - 40- **Michael Levi**, “New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime”, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223 – 232 (Winter 2000).
 - 41- **Mohamed I. Fheili**, “Lebanon: The Fight Against Money Laundering”, Volume 4 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 283 – 299 (Winter 2001).
 - 42- Money Laundering Convention (14 Feb. 1988).

من منشورات معهد الدراسات المصرفية – الكويت (١٩٨٨).

- 43- **Pedro R. David**, Mercosur, “Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation” Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63 – 65 (Summer 1999).

- 44- *Peter Johnstone & Mark Jones*, "The Facilitation of Money Laundering Through Western Europe and the United States by Russian Organized Crime Groups" Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 119 – 203 (Winter 2000).
- 45- *R. E. Bell*, "Discretion and Decision Making in Money Laundering Prosecutions" Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 42 – 51 (Summer 2001).
- 46- *R. E. Bell*, "Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organized Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 104 – 112 (Autumn 1999).
- 47- *Richard Parlour*, "International Guide to Money Laundering Law and Practice (Butterworths – London 1995).
- 48- *Ricardo M. Alba*, "Fraud Control in Offshore Banking Centers" Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 245 – 249 (Winter 2000).
- 49- *Robert Wardie*, "Money Laundering: A Prosecutor's Perspective", Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 125 – 127 (Autumn 1999).
- 50- *Rosalind Wright*, "Keynote Address to the International Cambridge Symposium on Economic Crime", Volume 7 No. 4 Journal of Financial Crime, pp. 304 – 307 (April 2000).
- 51- *Scott Sultzer*, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat it" Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143 – 237 (Fall 1995).

- 52- *Sideek Mohamed*, "Legal Instruments to Combat Money Laundering in the EU Financial Market", Volume 6 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 66 – 79 (Summer 2002).
- 53- *Simon Gleeson*, "The Involuntary Launderer: The Banker's Liability for Deposits of the Proceeds of Crime" published in "Laundiring and Tracing – Peter Birks – editor – Clarendon Press, Oxford 1995) pp. 115 – 133.
- 54- *S. J. Hughes*, "Policing Money Laundering Through Fund Transfer: A Critique of Regulation under the Bank Secrecy Act", Volume 67 Indiana Law Journal, pp. 283 – 291.
- 55- *Steven Philippsohn*, "The Dangers of New Technology – Laundering on the Internet" Volume 5 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 87 – 95 (2001).
- 56- *Toby Graham*, "What's Behind the Wolfsberg Principles?" Volume 4 No. 4 Journal of Money Laundering Control, pp. 348 – 349 (Spring 2001).
- 57- *W. C. Gilmore*, "International Efforts to Combat Money Laundering" (London 1992).
- 58- *William Baity*, "Banking on Secrecy – The Price for Unfettered Secrecy and Confidentiality in the Face of International Organized and Economic Crime", Volume 8 No. 1 Journal of Financial Crime, pp. 83 – 86 (August 2000).
- 59- *William F. Bruton*, "Money Laundering: Is It Now a Corporate Problem?" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9 – 10 (Summer 1999).

فهرس

الصفحة	
٢٧٣	مقدمة
٢٧٣	١- التعريف بتسيل الأموال
٢٧٩	٢- مكافحة غسل الأموال على المستويين الدولي والوطني
٢٧٩	(أ) على المستوى الدولي:
	(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في
	المخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨ ، والمعروفة
٢٧٩	باسم "اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨"
٢٨١	(٢) توصيات بازل لعام ١٩٨٨
٢٨٢	(٣) توصيات مجموعة السبعة G7
٢٨٤	(٤) مباديء ولفزبرج Wolfsberg
٢٨٥	(٥) قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ الصادر في ٢٨/٩/٢٠٠١
٢٨٧	(ب) على المستوى الوطني
٢٩٤	(ج) جهود دولة الكويت في مكافحة غسل الأموال
٢٩٦	تقسيم
٢٩٨	المبحث الأول : جرائم غسل الأموال والعقاب عليها
٢٩٨	تمهيد وتقسيم :
٢٩٩	المطلب الأول : جرائم غسل الأموال
٢٩٩	أولاً - تعريف عمليات غسل الأموال
٣٠٤	ثانياً - جرائم غسل الأموال

٣٠٤	أ - السلوك المادي للجريمة
٣١٨	ب - الركن المعنوي
٣٢١	المطلب الثاني : العقوبات
٣٢١	أولاً - عقوبة جرائم غسيل الأموال
٣٢١	أ - الحبس
٣٢٢	ب - الغرامة
٣٢٣	ج - المصادرة
٣٢٥	د - المنع من التصرف
٣٢٨	ثانياً - الأحكام الخاصة
٣٢٨	(أ) الأحكام الاستثنائية
٣٢٨	١- عدم سقوط الدعوى الجزائية بمضي المدة
٣٢٩	٢- عدم سقوط العقوبة بمضي المدة
٣٣٠	٣- عدم تطبيق أحكام الامتناع عن النطق بالعقاب
٣٣١	٤- عدم تطبيق قاعدة وقف التنفيذ في جرائم غسيل الأموال
٣٣١	(ب) أحكام التعاون الدولي
٣٣٣	ثالثاً - الإعفاء من العقاب
٣٣٥	المبحث الثاني: التزامات البنوك والمؤسسات المالية والجزاءات
٣٣٥	تمهيد وتقسيم:
٣٣٦	المطلب الأول : التزامات البنوك والمؤسسات المالية الكويتية ...
٣٣٦	- نطاق الالتزامات من حيث الأشخاص والموضوع
	أولاً - عدم الاحتفاظ بأي حسابات مجهولة الهوية أو حسابات
٣٣٧	باسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات ..

٣٤٢	ثانياً - الالتزام بمبدأ "اعرف عميلك"
٣٤٤	(أ) التحقق من هوية العميل
٣٤٤	١- العميل الشخص الطبيعي
٣٤٥	٢- العميل الشخص الاعتباري
٣٤٦	٣- العملاء العابرون
٣٤٧	٤- تحديد المستفيد من الحساب وسلطته في تشغيله ...
		(ب) مخالفة العميل قواعد التحقق من الهوية أو تحديد
٣٥٠	المستفيد الحقيقي من الحساب / الحسابات
٣٥١	ثالثاً - التقيد بالمتطلبات النظامية
٣٥١	(أ) الاحتفاظ بالوثائق والمستندات والأوراق
٣٥٢	(ب) بيان المعاملات النقدية
٣٥٣	رابعاً - واجب التحري عن موظفي البنك وتوعيتهم ومساءلتهم
٣٥٣	(أ) التحري عن الموظفين
٣٥٤	(ب) توعية الموظفين
٣٥٤	(ج) مساءلة الموظفين وعقابهم
٣٥٥	خامساً - تعزيز نظام الرقابة الداخلية بالبنك
٣٥٧	سادساً - الإبلاغ عن المعاملات المشبوهة
٣٥٨	المطلب الثاني الجزاءات في القانون الكويتي
٣٥٨	أولاً الجزاء العام
٣٦٠	ثانياً الجزاء الخاص
٣٦١	(أ) عدم الإبلاغ عن المعاملة الشاذة المسبوبة

٣٦٢	(ب) إفشاء معلومات تتعلق بإحدى جرائم غسيل الأموال ٠٠
	(ج) إتلاف أو إخفاء مستندات أو أدوات تتعلق بإحدى
٣٦٣	جرائم غسيل الأموال
٣٦٥	ثالثاً - أحكام خاصة بشركات الأشخاص
٣٦٨	المطلب الثالث : الالتزامات والجزاءات في القوانين الأخرى
٣٦٨	أولاً - القانون المصري
٣٦٨	١- التزامات المؤسسات المالية
٣٧٠	٢- الجزاءات
٣٧٠	ثانياً - القانون اللبناني
٣٧٠	١- التزامات المؤسسات المالية
٣٧٢	٢- الجزاءات
٣٧٣	ثالثاً - القانون الإماراتي
٣٧٣	١- التزامات المؤسسات المالية
٣٧٣	٢- الجزاءات
	المبحث الثالث: أنماط المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال
٣٧٤	والتحري والإبلاغ عنها
٣٧٤	تمهيد وتقسيم:
٣٧٦	المطلب الأول : أنماط من المعاملات المشبوهة لغسيل الأموال
٣٧٦	أولاً - غسيل الأموال باستخدام معاملات نقدية
٣٨٣	ثانياً - غسيل الأموال باستخدام حسابات مصرفية

٣٧٨	ثالثاً - غسيل الأموال باستخدام معاملات مالية لها صلة بأنشطة استثمارية
٣٨٩	رابعاً - غسيل الأموال عن طريق أنشطة دولية خارج نطاق الدولة
٣٩٠	خامساً - غسيل الأموال الذي ينطوي على اشتراك أو تورط موظفين ووكلاء لمؤسسات مالية
٣٩٤	سادساً - غسيل الأموال عن طريق معاملات التمويل المضمونة وغير المضمونة
٣٩٤	سابعاً - غسيل الأموال باستخدام وسائل الدفع الالكترونية ..
٣٩٧	المطلب الثاني: التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة
٣٩٧	أولاً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الكويتي
٤٠١	ثانياً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون المصري
٤٠٤	ثالثاً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون الإماراتي
٤٠٦	رابعاً - التحري والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة في القانون اللبناني
٤١٣	خاتمة
٤١٨	المراجع
٤٢٩	الفهرس

- 18- Neil J Wilkof. Trade Mark Licensing (Sweet & Maxwell 1995).
- 19- A. Samuel Oddi, "TRIPs Natural Rights and a (Polite Form of Economic Imperialism)" Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996).
- 20- Oppenheim & Weston, Unfair Trade Practices and Consumer Protection (West Publishing Co. 1974).
- 21- Paul J. Heald, "Trade mark and Geographical Indications: Exploring the Contours of the TRIPs Agreement", Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 635-660
- 22- R. Michael Gadbaw, "Intellectual Property and International Trade: Merger or Marriage of Convenience?" Volume 22 No. 2 (1989) pp. 223- 242.
- 23- Robert A. Choate & William H. Francais, Patent law (West Publishing Co., 1981).
- 24- Robert Kastenuneir & David Beir, "International Trade and Intellectual Property: David Beir, "International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks and Reality", Volume 22 No. 2 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1989) pp. 285-307
- 25- Roger M. Milgrim, Trade Secrets (Mathew Bender) New York (1981) part II.
- 26- Ruth L. Gana, "Prospects for Developing Countries under the TRIPs Agreement", Volume No. 4 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 735-775
- 27- The TRIPs Agreement and Developing Countries (United Nations Publications, 1996).

- 10- Harold C Wagner, "TRIPs Boomerang-Obligations for Domestic Reform". Volume 29 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 535-558.
- 11- J. H. Reichman, "Universal Minimum Standards, or Intellectual Property Protection Under the TRIPs Component of the WTO Agreement", The International Lawyer, Volume 29 No. 2 (Summer 1995) pp. 345-388.
- 12- Julio Lacarte and Petina Gappah, Developing Countries and the WTO, Legal and "Dispute Settlement System: A View from the Bench, Volume 3 No. 3 Journal of International Economic Law pp. 560-401 (2000).
- 13- Julio Nogues, "Patent and Pharmaceutical Drugs: Understanding the Presures on Developing Countries", Volume 24 No. 6 Journal of World Trade Law (December 1990) pp. 81-104.
- 14- L. Peter Farkas, Trade Related Aspects of Intellectual Property. What Problems with Transition Rules? What Changes to U.S. Law? How has Congress Salvaged Sec. 337: The World Trade Organization Multilateral Trade Framework From 21st Century and U.S. Implementing Legislation" by Terence P. Stewart, editor (1996) pp. 463-521.
- 15- Mark L. Danschroder, "Intellectual Property Rights and the GATT: United States Goals in the Uruguay Round", Volume 21 No. 1 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1988) pp. 367-400.
- 16- Martin J. Adelman & Sonia Baldia Prospects and limits of the Patent Provision in the TRIPs Agreement: The Case of India, Volume 29 No. 3 Vanderbilt Journal of Transnational Law (1996) pp. 507-533
- 17- Monique L. Corday, "GATT v. WIPO", 16 Journal of Patent & Trademark Office Society (1994).

References

- 1- Adrian Otten & Hannu Wager, "Compliance with TRIPs: The Emerging World View", Volume 29 No. 3, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (May, 1996) pp. 391-413.
- 2- Amede Turner, *The Law of Trade Secrets* (Sweet & Maxwell London 1962).
- 3- Arthur Kuflik, "Moral Foundations of Intellectual Property Rights" (in *Owing Scientific and Technical Information*, editors: Vivian Weif & John W. Snapper, editors, 1989).
- 4- Arvind Subramanian and Jayashnee Watal, Can TRIPs Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? Volume 3 No. 3 *Journal of International Economic Law*, pp. 403-416 (2000).
- 5- Bernard Hockman, "Services and Intellectual Property Rights, in the New GATT, Implications for the United States" (Susan M. Collins & Barry Bushworh, editors 1994).
- 6- Carlos Brager, "The Economics of Intellectual Property Rights and The GATT: A View from the South", Volume 22 No. 2 (1989) pp. 243-264.
- 7- Donald F. Turner, "The Patent System and Competitive Policy", Volume 44 *New York University Law Review* 450 (1969).
- 8- Douglas F. Greer, "The Case Against Patent Systems in Less-Developed Countries", Volume 8 *Journal of International Law & Economics* (1973).
- 9- Eric H. Smith, "World Wide Copyright Protection under the TRIPs Agreement", Volume 29 No. 3 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1996) pp. 559-578.

inventions, that would be adequate to fund the patent granting agency in the country. The proposed fee may be employed in establishing and developing a technological base ⁽¹¹⁾.

It has been also suggested that developing countries should make use of few provisions in the TRIPs Agreement which could be of vital importance to them. One of these provisions is article 29 which mandates that member countries should require applicants for a patent to "disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art and may require the applicant to indicate the best mode for carrying out the invention". Developing countries should impose on patentees an obligation of complete disclosure which will enable the making of the invention in that country. It is also suggested that developing countries should require that the patent applicant should disclose the (best) mode for the making of his invention in that developing country ⁽¹²⁾.

Last but not least, it is recommended that developing countries shall grant or continue to grant utility patents for small inventions in specific fields. Utility patents fit the needs of developing countries as they enable inventors, usually local inventors, to obtain patents based on other basic patentable inventions. TRIPs itself does not expressly prohibit the practice of utility patents. Therefore, and until the matter is resolved, developing countries may continue to grant this type of patents.

(11) A. Samuel Oddi, *TRIPs Natural Rights and a "Polite Form of Economic Imperialism"* Volume 29 No. 3 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 415-470 (1996) at pp. 461-463.

(12) *Ibid.* at pp. 463-466.

It appears, therefore, that the TRIPs Agreement eliminates the possibility that lack of local working of a patent is a sufficient ground for obtaining a compulsory license. That is because importation satisfies the patent working requirement. Thus, developing countries shall fail to obtain compulsory licenses if foreign patentees sufficiently provide the local markets with the patented products. Nevertheless, developing countries may increase the pressure on foreign patentees to negotiate compulsory licenses if reasonable terms are proposed.

III- Strategies for Developing Countries:

The value of implementing the patent TRIPs in developing countries is controversial. Developing countries shall face hardships because of their growing dependence of foreign patents. This fact is based on the grounds that the TRIPs Agreement has emphasized and expanded patent protection without assuring the enhancement of solid technological base in developing countries.

In order to cope with the expected consequences following the implementation of the TRIPs Agreement, developing countries should develop strategies to avail themselves of some benefits. In particular, they should take full advantage of the grace periods given under the said Agreement in order to introduce regulatory as well as technical improvements to their patent systems. Taking into account that the TRIPs Agreement does not require retroactive protection for patents, and that it does not give rise to obligations in respects of acts which occurred before the date of application of the Agreement for the member state in question, many developing countries may continue the use of thousands of pharmaceutical products in consumption in the local markets.

Another suggestion is proposed by an eminent writer according to which there would be a fee for patent acquisition and maintenance, especially in pharmaceutical and semiconductor

licenses have very limited application. They are allowed in few cases. Article 31 of the TRIPs Agreement permits compulsory license if the patentee refuses to authorize the use of the invention on reasonable commercial terms. In other words, a compulsory license shall be allowed only when negotiating a license on fair commercial terms is failed. A compulsory license is not granted if a developing country attempts to exploit the invention without giving the inventor an adequate compensation which is measured by reasonable commercial terms. Conversely, a compulsory license is obtained failing such negotiations with the patentee, provided that an equitable compensation is paid. This requirement may be waived in case of national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use⁽¹⁰⁾

In any case, the licensee, obtaining a compulsory license, should not exploit the invention on commercial basis to reap economic benefits. For example, the licensee is not authorized to export products manufactured under compulsory license, nor he is allowed to exclude a foreign patentee from subsequently working the patent locally in direct competition with the licensee.

In principle, the use of inventions under compulsory license is not exclusive, and such use is authorized mainly for the supply of the domestic market of the country authorizing such use. The only exception to the compulsory license available under article 31 of the TRIPs is for patented semi-conductor technology which "shall only be for public non-commercial use or to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive".

(10) *Ibid.*; also see Bernard Hoekman, *Services and Intellectual Property*, *supra* note 6 at pp. 102-103.

In the laws of many developing countries, the patent term is relatively short. A short term is advantageous because it allows developing countries, upon the expiration of patents, to make use of inventions that might still have viable technological value. Under the TRIPs Agreement, developing countries are deprived of this advantage. Taking into consideration the complexity of inventions and the fast development of technology, the requirement of twenty years for patents shall render many inventions as obsolete after the expiration of that term, and hence deprive developing countries of an advantage that they enjoyed before TRIPs.

In any case, developing countries are under an obligation to amend their national laws to conform with the newly stipulated patent term.

3- Compulsory License:

Generally, the doctrine of compulsory license is applied if the patentee abuses his exclusive rights conferred by the patent system. Normally, a compulsory license is granted if the patentee refuses to work his patent locally or abstains from granting licenses to others on reasonable grounds and thereby hinders industrial development and the national welfare. Another form of abuse occurs when the patentee refuses to supply the national market with sufficient quantities of the patented invention, or demands unreasonable prices for such inventions ⁽⁹⁾

According to the TRIPs Agreement, foreign patentees are not obliged to work their patents locally. In addition, compulsory

(9) J. H. Reichman, *Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement*, Volume 29 No. 2 *The International Lawyer* pp. 345-388 (1995) at pp. 355-357.

process patents only. Process patents are directed at protecting the means or the method of obtaining an end result. The majority of developing countries are reluctant to grant product patents for pharmaceuticals ⁽⁷⁾. This is because product patents refer to the chemical structure defining a chemical compound, or composition which is the product consumed by consumers. Conversely, multinational companies prefer product patents for pharmaceuticals because they confer protection regardless of the method employed to produce the compound. Multinational companies shall gain huge profits because of product patents in the field of pharmaceuticals.

Thus, developing countries should, under their TRIPs commitments, grant product patents for pharmaceuticals. It is admitted that TRIPs has conferred grace periods for those countries in order to make arrangements to fulfill their obligations to grant product patents for drugs, nevertheless, the adverse effects shall be severe. The most serious impact shall be the unavoidable increase of pharmaceutical prices for local consumers.

2- Term of a patent:

Under the pressure of multinational companies, the industrialized nations have advocated a long patent term which shall prolong the patent monopoly for inventors. According to the TRIPs Agreement, a universal patent term of twenty years from the date of filing for a patent shall be applied to all kinds of inventions regardless of their patentable subject matter ⁽⁸⁾.

(7) Julio Nogues, *Patents and Pharmaceutical Drugs: Understanding the Pressures on Developing Countries*, Volume 24 No. 6 *Journal of World Trade*, pp. 81-104 (1990); M. Adelman & Sonia Baldia, *Prospects and Limits of the Patent Provision in the TRIPs Agreement: The Case of India*, Volume 29 No. 3 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 507-533 (1996).

(8) Peter Farakas, *Trade Related Aspects....*, *Supra* note 3 at p. 488.

The grant of patents only to inventions of authentic inventive step is considered an advantage to multinational corporations because they possess the enormous investments and scientific capabilities which enable them to develop, create, and execute this type of inventions. Conversely, developing countries are banned from granting patents to small inventions of relative novelty, or to improvement inventions which do not satisfy the requirement of the inventive step. Consequently, it is expected that the majority of patents worldwide shall be granted and owned by inventors in the industrialized nations.

Moreover, the TRIPs Agreement provides protection for almost all kinds of inventions. An invention which satisfies the inventive step criteria shall be patented. There is a room, however, for few exceptions. The invention shall not be protected by a patent if commercial exploitation of a patent is prohibited for reasons of public order or morality, or the protection of human animal or plant life or health, or the avoidance of serious prejudice to the environment. Diagnostic therapeutic, surgical methods, animals other than micro-organisms, plants, and essentially biological processes for the production of animals or plants may also be excluded from patentability⁽⁶⁾.

The enlargement of the scope of the patentable subject matter under the TRIPs Agreement shall have a direct impact in the field pharmaceutical industries which are of very vital importance to developing countries. Before TRIPs, many developing countries, like India, did not grant any patent protection to medicine and drugs. In other developing countries, pharmaceuticals are granted limited protection. For example, the Egyptian patent law of 1949 protects pharmaceuticals through

(6) Bernard Hoekman, *Services and Intellectual Property Rights, in The New GATT, Implications for the United States* (Susan M. Collins & Barry Busworth-
editors- 1994- The Brookings Institutions) at pp. 101-102.

respect to patentable subject matter, term of a patent and compulsory licensing.

1- Patentable Subject Matter:

Article 27/1 of the TRIPs Agreement provides that "subject to the provisions of paragraph 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or process, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced".

According to this provision all member states to the TRIPs Agreement shall not exclude any field of technology from patentability, except as provided by the TRIPs Agreement itself. In addition, patents shall be available without discrimination as to the place of invention and as to whether patented products are imported or produced in the local market.

Furthermore, this provision requires as condition precedent for patentability that the invention must contain an inventive step. In other words, the invention which is eligible for patent protection must be of an authentic and absolute novelty. Inventions which are published or known anywhere in the world shall not be granted patents under TRIPs because of lack of novelty. The requirement of absolute novelty coupled with the requirement of inventive step shall deprive developing countries of an advantage they enjoyed before the application of TRIPs. In the laws of many developing countries, it was possible to grant patents for inventions of relative novelty, e.g. those inventions published or known abroad but not published or known locally.

provides that any country availing itself a transitional period under paragraphs 1, 2, 3 or 4 has an obligation to ensure that any changes in its laws, regulations and practice made during that period do not result in a lesser degree of consistency with the provisions of the TRIPs Agreement. This is described by some authors as "a standstill clause" because intellectual property protection may not get worse ⁽⁴⁾

In recognition of the special needs and the intractable problems facing the least-developing countries to create a technological base, article 66/1 provides that such members shall not be required to apply the provisions of the TRIPs Agreement, except those relating to national treatment, most favored treatment, and multilateral agreements on acquisition or maintenance of protection, for a period of ten years from the date of application as defined under paragraph 1 of Article 65. This period may be extended upon a request by a least-developing country provided that the Council for TRIPs accord that extension. No ceiling or limits have been imposed on additional extensions. The standstill clause is not mandatory in the case of least-developed countries during the mentioned transitional period ⁽⁵⁾.

II- Concerns for Developing Countries:

Despite the fact that few concessions, in the form of transitional periods, have been surrendered to developing countries in an attempt to tempt and encourage them to join the TRIPs Agreement, there are still obvious concerns on the part of those countries to implement the TRIPs rules. The major concerns for developing countries may be explored in the TRIPs Agreement in

(4) *Ibid.* at p. 467.

(5) *Ibid.*

country will cost developed countries billions of dollars because of the infringement of their IPRs.

According to the TRIPs Agreement, developing countries have been permitted to delay the assumption of their obligations for a period of five years commencing from the date World Trade Organization (WTO) Agreement entered into force on January 1, 1995. Article 65/3 of the TRIPs Agreement provides for the application of the same grace period to those member states in the process of transformation from a centrally-planned into a market, free enterprise economy and which are undertaking structural reform of their intellectual property system and facing special problems in the preparation, and implementation of intellectual property laws and regulations. This grace period expired on January 1, 2000.

Furthermore, Article 65/4 of the TRIPs Agreement provides that developing member countries may elect to delay the application of the provision on product patents of TRIPs part II, section 5, for an additional period of five years where product patent protection in areas of technology is not possible in their territory at the time they became obligated under the TRIPs Agreement. Pharmaceuticals and agricultural products are subject to this exception. Economics in transformation from a centrally-planned into a market free enterprise are not mentioned in Article 65/4. It is, therefore assumed this exception shall not be applied to this last group of countries.

During this additional grace period, starting from January 1, 2000 until January 1, 2006, developing countries should provide means by which patent applications may be filed (mail-box) Applications will be treated as if they had been filed on the actual date of filling, not the first day of complete transition period Moreover, article 70/9 provides for exclusive marketing rights in the developing country utilizing this exception. Article 65/5

These conflicting interests were at stake during the Uruguay Round. Developed countries, such as the United States of America, preferred not recourse to political threat or trade sanctions in order to change the attitude of developing countries on IPRs issues. Actually, the Uruguay Round was a unique occasion to eliminate a possible confrontation which was apt to arise between the opposing parties: developed nations v. developing countries. The TRIPs was concluded to bridge the gap between the two different views on IPRs issues.

A middle solution was reached, according to which members of the Uruguay Round have consented to establish transitional periods for developing countries to facilitate their enactment of IPRs legislations. Conversely, after the lapse of these transitional periods, developing countries should comply with the rules and procedures in the TRIPs Agreement. The non-complying member country shall be subject to the deterrent mandatory sanctions imposed by the TRIPs Agreement itself. In sum, the transitional periods were the basic concessions made by the developed countries in concluding the TRIPs Agreement which would not have been successfully negotiated if those periods were not secured ⁽³⁾.

Many writers from developed countries argue, however, that these transitional periods are too long, and their implementation will result to huge loss to IPRs owners. Each year the application of the TRIPs Agreement is delayed in a developing

=& David Beier, *International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality*, Volume 22 No. 2 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* pp. 285-307 (1989) at pp. 301-303.

(3) See: L. Peter Farakas, *Trade-Related Aspects of Intellectual Property, in the World Trade Organization "Multilateral Trade Framework for the 21st Century and U.S. Implementing Legislation"* by Terence P. Stewart (editor) *American Bar Association* (1996) at pp. 465-466.

I- The TRIPs Challenge to Developing Countries:

Intellectual property such as computer software, medical products, pharmaceutical drugs, Know-How.... etc. are subject to high risks due to global piracy and infringement. The unchecked continuation of this situation, needless to say, undermines Intellectual Property Rights (IPRs) owners of large volume of expenditures on scientific research, in addition to their effort and invaluable time ⁽¹⁾.

A significant challenge of the Uruguay Round of 1994 has been to secure protection for IPRs by the member states. This goal was accomplished through the adoption and implementation of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs). However, this goal was not easy to achieve. Arguments have been submitted as to why this goal shall serve the interests of all member states to the Uruguay Round. Intellectual property proponents in the developed world have asserted the economic benefits of enhanced IPRs protection, and that a strong system for protection of IPRs will certainly help the flow of technology from the industrialized nations to developing countries. These assertions, however, have not been accepted by many developing countries which assume that a global IPRs protection shall secure the control of IPRs entrepreneurs in the industrialized world. In their view, IPRs protection is nothing but an extension of the monopolistic prerogatives of the multi-national companies. For example, the protection of patented pharmaceutical products shall result in high drug prices ⁽²⁾.

(1) See for example, Mark Damschroder, *Intellectual Property Rights and the GATT: United States Goals in the Uruguay Round*, volume 21 *Vanderbilt Journal of International Law* No. 2 pp. 367-400 (1988) at pp. 368-369.

(2) Review: Theresa B. Lewis, *Patent Protection for the Pharmaceutical Industry: A Survey of the Patent Laws of Various Countries*, Volume 30 No. 4 *The International Lawyer* pp. 835-365 (1996) at pp. 835-837; Robert W. Kasstner=

Recent Developments and Challenges in the Protection of Intellectual Property Rights under the TRIPs Agreement: Concerns and Strategies for Developing Countries

**Paper presented at the
International Conference on
Intellectual Property, the Internet,
Electronic Commerce and
Traditional knowledge
Sofia - Bulgaria, May 29 to 31, 2001**

**Dr. Galal W. Mohamedien
Professor of Commercial Law
Alexandria University – Egypt**



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR

LA FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE D'ALEXANDRIE